Der Forderungsübergang kraft Gesetzes

(cessio legis)

in **historischer** und **dogmatischer Darstellung.**

Inaugural-Dissertation,

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der

Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt

von

Erich Michelsen,

Referendar aus Danzig.

Druck von Julius Sauer in Danzig.

1901

Der Forderungsübergang kraft Gesetzes

(cessio legis)

in **historischer** und **dogmatischer Darstellung.**

Inaugural-Dissertation,

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der

Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt

von

Erich Michelsen,

Referendar aus Danzig.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0169

Seinem hochverehrten Lehrer,

Herrn Geh. Justizrath Dr. A. Pernice,

ö. o. Professor der Rechte an der Universität Berlin,

in steter Dankbarkeit

gewidmet

vom Verfasser.

Inhalt.

Der Forderungsübergang kraft Gesetzes (cessio legis) in historischer und dogmatischer Darstellung.

Vorwort.

Erster Abschnitt: Historischer Teil.

Erstes Buch: Geschichtlicher Abriss: Delegations- und Cessionsprinzip.

§ 1. Einleitung: Die Unübertragbarkeit der Obligation im römischen Rechte.

§ 2. Der procurator in rem suam.

§ 3. Die actiones utiles; das Cessionsprinzip.

Zweites Buch: Die Lehre vom fingierten Mandat.

§ 4. Ältere Auffassungen von der Natur der actiones utiles: Mühlenbruchs Lehre vom fingierten Mandat, Puchta-Savignys Theorie von der cessio legis; die neuere Doktrin.

Drittes Buch: Die Widerlegung der Puchta-Savignyschen Theorie.

§ 5. Die Puchta-Savignische Theorie in folgerichtiger Anwendung führt zu praktisch unmöglichen Ergebnissen.

§ 6. Die actio utilis des Cessionars steht in keinem historischen Zusammenhange mit der a. mandata des älteren Rechts.

§ 7. Die actio utilis enthält keine Mandatsfiktion, sondern steht prozessual wie materiell im Gegensatz zur a. mandata.

§ 8. Die a. utiles der quellenmässigen sog. cessio legis beruhen ebenfalls nicht auf Mandatsfiktion, sie sind begrifflich überhaupt keine Cession, auch liegt ihnen kein allgemeines Prinzip zu Grunde.

§ 9. Aus den Quellen ergiebt sich die Notwendigkeit des Cessionsaktes.

§ 10. Rückblick. Neuere Gesetzgebungen.

Zweiter Abschnitt: Dogmatischer Teil.

Erstes Buch: Abtretung und gesetzlicher Forderungsübergang.

§ 11. Der gesetzliche Forderungsübergang im B. G. B.: sein Charakter, allgemeine Lehren, cessio legis und Subrogation, Uebersicht der Fälle.

Zweites Buch: Fälle wahren gesetzlichen Forderungsüberganges.

§ 12. Resolutivbedingung, dies ad quem.

§ 13. Stiftung.

§ 14. Gesetzlicher Forderungsübergang im ehelichen Güterrecht.

Drittes Buch: Subrogationsfälle.

I. Subrogation im Falle der Tilgung einer eigenen Schuld (Gesamtschuldverhältnis).

§ 15. 1. Geschichtliche Skizze.

§ 16. Fortsetzung. 2. Bürgerliches Gesetzbuch.

II. Subrogation im Falle der Tilgung einer fremden Schuld, für die der Zahlende haftet.

§ 17. Bürgschaft.

§ 18. Befriedigungsrecht des Eigentümers.

§ 19. Gesetzliche Unterhaltungspflicht.

§ 20. Subrogation im Falle der Tilgung einer fremden Schuld, für die der Zahlende nicht haftet. (Lösungsrecht).

Benutzte Litteratur.

Bähr, Zur Cessionslehre in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik Bd. I. 1857.

Biermann, Das Sachenrecht, im sog. Heymannschen Kommentar. 1898.

Brinz, Kritische Blätter civilistischen Inhalts. No. 2. 1852.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Bd. II., 1. 1879.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 2 Bde. 1898.

Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte. 1853.

Dernburg, Pandekten. Bd. II. Vorletzte Auflage. 1897.

Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. 5. Aufl. 1897

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens Bd. II, 1. 2. Aufl 1899; 2 1. u. 2. Aufl. 1901.

Donellus, Opera omnia cum Notis Osualdi Hilligeri. 1830.

Eisele, Die actio utilis des Cessionars, in der Festschrift für Planck. 1887.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. 3 Bde. 1900.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht. 7. Aufl. 1896.

Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts. 2 Bde. 1886. in Bindings Handbuch.

Huschke, Die Lehre des Römischen Rechts vom Darlehn. 1882.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. II. 1. u. 2. 1892.

Karsten, Die fingierte Cession. 1874.

Keller, Der röm. Civilprozess und die Aktionen. 6. Aufl. von A. Wach. 1882.

Knitschky, Die Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern nach dem B. G.-B. 1899.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2 Teile. 1898.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 4. Aufl. 1900.

Mevius, Decisiones super causis pracc. ad supremum tribunal regium delatis. Frankfurt a. M. 1740.

C. F. Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Nach den Grundsätzen des röm. Rechts dargestellt. 3. Aufl. 1836.

Muther, Zur Lehre von der röm. actio u. s. w. 1857.
Alphonsus de Olea, De cessione iur. 1651.
A. Pernice, Marcus Antistius Labeo. Bd. I. 1873.
Planck, Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 2. Aufl. 1898 ff.
G. F. Puchta, Kleine civilistische Schriften, herausgegeben von Rudorff 1851. No. XXVII. Cession (1839).
G. F. Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, herausgegeben von Rudorff. 1874.
G. F. Puchta, Pandekten.
Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession, im Archiv für die civilist. Praxis Bd. 63 No. 8. 1880.
Reimers, Über die fingierte Cession. Inaugural-Dissertation Göttingen 1891.
v. Salpius, Novation und Delegation nach röm. Recht. 1864.
v. Savigny, Das Obligationsrecht als Theil des heutigen röm. Rechts. Bd. I 1851, Bd. II 1853.
Scherer, Kommentar zum B. G.-B. Erlangen. 1898 ff.
Schilter, Praxis Juris Romani in Foro Germanico. Frankfurt a. M. 1733.
Schliemann, Die Haftung des Cedenten. Preisschrift. Rostock 1848.
Schmid, Grundlehren der Cession, nach röm. Recht dargestellt. In zwei Theilen. 1866.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. Erster Teil, im sog. Beckschen Kommentar. 1900.
Joh. Adam Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. In drei Bänden. 4. Aufl. E. A. Seuffert. 1860—1872.
Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 1847. Zweiter Band: Das Obligationenrecht.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum B. G.-B.
Staudinger (in Verbindung mit anderen), Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuche. 1898 ff.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. In 3. Aufl. von H. O. Lehmann. 1898.
Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft u. s. w., in Iherings Jahrbüchern. Ad. 27, n. F. 15. No. VII 1889.
Unterholzner, Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen, herausgegeben von Huschke. 1840.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1869.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I u. II in achter Auflage von Th. Kipp. 1900. Bd. III in siebenter Auflage 1891.

Windscheid, Die Singularsuccession in Obligationen, in der Kritischen Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. München. 1853. Bd. I No. 2.

Windscheid, Die Actio des röm. Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts. 1856.

Windscheid, Die Actio. Abwehr gegen Dr. Th. Muther. 1857.

Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. 1859.

Zachariae von Lingenthal - Crome, Handbuch des französischen Civilrechts. 1894 ff.

Zaun, Zur Lehre von der sog. fingierten Cession, im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. N. F. Bd. I 1864.

Zimmermann, Über fingierte uud stillschweigende Cession, insbesondere der Vindikation, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. N. F. XV. 1858.

Zitelmann, Das Recht des B. G.-B. I. Allgemeiner Teil. 1900.

Vorwort.

Wer je sich eingehender mit der Theorie von der cessio legis beschäftigt hat, wird bald gewahr worden sein, dass über diesen Gegenstand meist episodenhaft bei Gelegenheit anderer und grösserer Aufgaben gehandelt worden ist. Und doch ist diese Lehre von nicht geringer Bedeutung, denn sie steht in innigem Zusammenhange und mannigfachen Wechselbeziehungen mit der Cession, und grade hier hat, wenn irgend, der Kampf der Meinungen sich gelegt, so dass für das jüngste gemeine Recht eine Einigung erzielt worden ist. Ist somit für den, der die cessio legis zum Gegenstande einer wissenschaftlichen Untersuchung macht, nicht allzuviel Aussicht vorhanden, Neues ans Licht zu fördern, so war mir immerhin der Mangel einer Darstellung, die die dogmengeschichtliche Entwickelung der cessio legis im gemeinen Recht in allen jenen feinen Beziehungen zu dem nahe verwandten Gebiet der Cession klarlegte, ein Antrieb und eine genügende Rechtfertigung, einen Versuch in dieser Richtung zu wagen. Dass dabei auch einiges Neue gefunden sein wird, ist meine Hoffnung.

Unerlässlich dünkte es mich nun, im Anschlusse an das gemeine Recht eine — wenn auch kurze — Uebersicht über die modernen Gesetze zu geben. Leider verhinderten mich besondere Umstände, die Skizze zu einem grossen Bilde auszumalen; insbesondere war es mir daher nicht möglich, die Landesrechte (zumal den Code civil) und die Reichsgesetze (ausser dem B. G.-B.) in der ihnen zukommenden Bedeutung zu würdigen.

Danzig, Juli 1901.

Der Verfasser.

Der Forderungsübergang kraft Gesetzes (cessio legis) in historischer und dogmatischer Darstellung.

I. Abschnitt: Historischer Teil.

I. Buch:

Geschichtlicher Abriss: Delegations- und Cessionsprinzip.

§ 1. Einleitung: Die Unübertragbarkeit der Obligation im römischen Rechte.

Der principielle Gegensatz, der zwischen Eigentum und Obligation oder, ganz allgemein gesprochen, zwischen absoluten und relativen Rechten besteht, hat im römischen Rechte in dem Dogma von der Unübertragbarkeit der Forderungsrechte[1] seinen stärksten Ausdruck gefunden. Ein naives Rechtsgefühl, dem der Gedanke einer begrifflichen Trennung von Sache und Recht an der Sache[2] nicht beifällt, muss folgerichtig, an das Faktum der Uebertragbarkeit der Sache anknüpfend, das Recht an derselben für freiveräusserlich erklären.[3]

---

1) Caius II § 38.

2) Caius II §§ 12—14; hier werden res corporales und incorporales einander gegenüber gestellt, indem unter r. c. im Grunde das oberste Herrschaftsrecht an denselben (Eigentum) gemeint ist. Einer solchen Verwechslung von Object und Recht an demselben begegnen wir noch im B. G. B. § 99 Absatz 1, wo „Früchte einer Sache" nur Früchte des Eigentums bedeuten können. vgl. § 99 Abs. 2. Pernice, Labeo I. S. 315.

3) Pernice a. a. O. S, 316 unten.

Der Obligation fehlt dieser konkrete Charakter. Als persönliche Beziehung zweier Rechtssubjekte wird sie nicht sinnlich wahrnehmbar; ein geistiges Band, nicht durch die Thatsache des Besitzes, lediglich durch die Rechtsordnung geschützt, verknüpft die beiden Träger des Schuldverhältnisses mit einander. Diese abstrakte Natur der Obligation ergiebt freilich nicht mit zwingender Notwendigkeit jenen Satz von der Unzulässigkeit eines Subjektwechsels, wohl aber rückt sie ihn dem Verständnisse um ein gut Teil näher, vor Allem dadurch, dass sie zu der Erkenntnis führt: nicht bloss die Leistung, vielmehr auch die Person der Kontrahenten gehören zum Inhalt der Obligation [4])

Zu weit geht m. E. Windscheid, wenn er in der begrifflichen Zugehöigkeit der rei (als bestimmter Personen) zum Schuldverhältnisse den Hauptgrund für die Unzulässigkeit einer Sondernachfolge in die Forderung findet,

Auf der anderen Seite ist auch denen nicht beizustimmen, die unter Berufung auf das Eigenthum, das entsprechend mit dem Uebergang auf einen anderen inhaltlich ein anderes Recht werden müsste, die Erheblichkeit bestimmter rei für das Schuldverhältnis in Abrede stellen.[5]) Eine Parallele zwischen Rechten des rechtlichen Dürfens und des Rechten rechtlichen Sollens ist eben durchaus unzulässig. Das Problem lässt sich überhaupt nicht im Wege theoretisch-abstrakter Betrachtung lösen: von ganz anderer Seite aus muss man es in Angriff nehmen.

Zwei Elemente trägt die Obligation in sich: einmal stellt sie ein persönliches Verhältnis zweier Rechtssubjekte da, deren eines dem anderen gebunden ist

4) Windscheid, Pand. II § 329 Note 2. Anders derselbe, actio S. 153: „Die Person des Gläubigers“ (dieses bestimmten Gläubigers) . . . . . gehört nicht notwendig zum Inhalt der Obligation.“

5) Brinz, kritische Blätter No. 2. S. 34, Windscheid, actio S. 152, Eisele, actio utilis S. 26/27.

[obligatio als ligamen]. Zweitens aber ist sie ein Vermögensbestandteil (gehört sie zu den Aktiven des Gläubigers, den Passiven des Schuldners) [obligatio als res incorporalis.] Es fragt sich nun, inwieweit die persönliche und die vermögensrechtliche Eigenschaft der Obligation von einander abhängig sind. Hinsichtlich der Person des Schuldners ist es ohne weiteres klar, dass beide Elemente untrennbar mit einander verquickt sind, d. h. der Schuldner, in dessen Person die Obligation entstanden, kann nicht ohne Zuthun des Gläubigers mit befreiender Wirkung für sich einen anderen in die Schuld eintreten lassen, hat doch der Gläubiger ein sehr erhebliches Interesse daran, wer ihm etwas schuldet. Anders verhält es sich mit der Person des Gläubigers. In heutiger Zeit, d. h. unter der Herrschaft moderner Gesetze, wird es für den Schuldner keinen Unterschied machen, ob er die 1000, die er dem A. versprochen, dem A. oder dem B. zu zahlen hat.

Die Obligation (als Schuld) hat insofern das persönliche Element verloren: der Gläubiger ist eine fungible Person. Im alten Rom hingegen umfasste die Obligation nicht bloss Vermögens-, vielmehr auch höchste Lebensinteressen des Schuldners. Die nachteiligen Folgen, die ihm aus seiner Insolvenz erwachsen konnten, die Gefahr einer manus iniectio (auf Grund eines Judikats oder eines nexum), rechtfertigen und erklären hinlänglich das Dogma von der Unübertragbarkeit der Forderungsrechte: hier konnte es dem Schuldner durchaus nicht gleichgiltig sein, wem gegenüber er verpflichtet, wem sein Leben und seine Ehre verpfändet war.[6])

6) Ebenso auch Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II S. 809. Windscheid actio S. 164 sieht den Hauptgrund für den römischen Satz in dem Fehlen einer geeigneten Uebertragungsform und verweist dieserhalb auf Caius II § 38. Es mag dies immerhin mitbestimmend gewesen sein, ist aber kaum die Ursache der Erscheinung. Anders dann Windscheid. Pand. II § 329 Note 1.

§ 2. Der procurator in rem suam.

Solange die civilrechtliche Personalexekution kraft manus iniectio dem Schuldner im Falle von Zahlungsunfähigkeit gewärtig sein musste und auch später noch, als der Gläubiger das Recht erhielt, anstatt der Schuldhaft missio in bona zu begehren, musste es bei dem altrömischen Satz sein Bewenden haben. Eine Vermittelung zwischen dem strengen Recht und dem Verkehr, der eine Umwandlung der hochpersönlichen Obligation in einen reinen, frei übertragbaren Vermögenswert anstrebte, konnte hier nur in einer Weise angebahnt werden, die das zu Grunde liegende Princip unberührt liess. Die Mittel des älteren Rechtes waren recht unzulänglich. Die Novation mit Gläubigerwechsel setzte eine Mitwirkung des Schuldners voraus und enthielt nicht eine Uebertragung der alten Obligation, sondern nur eine Zerstörung des alten und Aufbau eines neuen Schuldverhältnisses: Befreiung der Pfänder und der Bürgen, Aufhören des Zinsenlaufes waren ihre Folgen.[1]

Somit war die praktische Brauchbarkeit der Delegation gering und konnte nur einfachen Verhältnissen genügen, Mit der Anerkennung freierer Vertragsformen und der Einführung des Formularprozesses waren die Bedingungen für neue Rechtsbildung gegeben; jetzt konnte man mit Erfolg daran gehen, die Forderungsrechte zu Gegenständen des Geschäftsverkehrs umzugestalten. Freilich die Singularsuccession gelangte nicht zur Herrschaft, selbst dann nicht, als die lex Juliade cessione bonorum[2] die Schuldhaft beseitigte. Die neue Bewegung nahm von dem Institute der prozessualen Stellvertretung ihren Ausgang. Der Gläubiger ernannte den Dritten, dem die Forderung bestimmt war, zum Prokurator,

1) Befreiung der Pfänder und Aufhören des Zinsenlaufes fr. 18 de nov. et deleg. 46,2. Befreiung der Bürgen c. 4 de fidei. et mandator 8,40. Dieser Auffassung von der Delegation steht nicht die Möglichkeit einer sog. titulierten Delegation entgegen.

2) c. 1 qui bon. ced. poss. 7,71.

gewährte ihm damit die Möglichkeit, dominus litis zu werden und verschaffte ihm so die geschuldete Leistung. Die Ermächtigung zum procurator konstruierte man sich als Auftrag (mandatum ad agendum) unter der Abrede, dass der Dritte, was er durch den Prozess erlangte, für sich behalten dürfte (procurator in rem suam). Aus zwei Bestandteilen setzte sich mithin die eigenartige Stellung des Dritten zusammen. Im Verhältnis zum Schuldner der in Rede stehenden Forderung war er einfacher Prokurator, dem Gläubiger gegenüber war er mehr, war er procurator in rem suam. Wollte der Dritte zur Klage gegen den Schuldner schreiten, so erbat er sich und erhielt vom Prätor die Formel, die jedem prozessualen Stellvertreter zuerteilt wird: Si Paret N. Negidium P. Mevio Sestertium X Milia Dare Oportere Judex N. Negidium L. Titio Sestertium X Milia Condemna. S. N. P., A.[3]) In intentione d. h. in obligatione figuriert mandans also noch immer als Gläubiger, während die condemnatio auf die Person des Prokurators sich bezieht. Durch diese „subjektive Umstellung“[4]) in der Formel wurde dem Richter kein neuer Thatbestand zur Untersuchung aufgegeben. Wie bei der vorbildlichen actio directa hatte er nur das Recht des Forderungsgläubigers zu prüfen. Die Frage, ob dem Prokurator, dem der Schuldgegenstand zugesprochen werden sollte, auch ein Recht zur Seite stünde, trat an ihn nicht heran. Der Prätor liess sich schon im Verfahren in iure die Legitimation des Vertreters nachweisen. Nur ausnahmsweise hatte der Richter die unterbliebene Prüfung vorzunehmen.[5]) Niemals aber kam es hierbei zur Sprache oder war es von Belang, welchen materiell rechtlichen Zwecken die Prokuratur dienstbar gemacht werden sollte. Nicht also um eine Sach-, sondern um eine Prozesslegitimation handelte es sich.[6]) Zunächst musste

3) Caius IV § 86 i. V. m. II § 39.

4) Keller-Wach. römischer Civilprozess § 32.

5) Caius IV § 84 Savigny, Obligationsrecht I S. 244.

6) v. Salpius. Novation S. 401, S. 405.

der angewandte Auftragsbegriff dahin führen, die legitimatio ad processum des Dritten mit dem Erlöschen des Mandates für aufgehoben zu erklären. Rücknahme des Auftrages, Tod des Auftraggebers, des Beauftragten kommen insbesondere in dieser Hinsicht in Betracht. Erhob der Gläubiger selber Klage, so lag darin sicher die stärkste Form eines Widerrufes; es musste also dieser Klage stattgegeben werden.[7]) Erst in der Litiskontestation fand der unsichere Zustand seine Grenze, lag ihr doch noch immer der Gedanke einer schuldwandelnden Kraft zu Grunde, wenn auch im Zeitenlauf die während der Legisaktionen übliche Denkform einer Vernichtung der alten auf dare oportere und Entstehen einer neuen auf condemnari oportere gerichteten Obligation überflüssig geworden war.[8]) So erklärt es sich, wenn Ulpian in fr. 11 § 1 de nov. et. delag. 46,2 sagt: „Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litiscontestationem" und Paulus entsprechend betont (l. 16 D. de proc. 3,3.) „Ante litem contestatam libera potestas est vel mutandi procuratoris vel ipsi domino judictium accipiendi."[9]) Erlangte jetzt der procurator i. r. s durch die Streitformulierung das dominium litis, so war das Gewollte erreicht: die Forderung ihm gesichert. Nun erst trat die Besonderheit seiner Prozessbevollmächtigung gegenüber der eines gewöhnlichen Vertreters zu Tage: der Urgläubiger wurde mit der actia mandati directa, auf translatio litis abzielend, vom Prätor im Verwaltungswege (extra ordinem) zurückgewiesen: der gewöhnliche Prozessvertreter ist nur nach formellem Recht Herr des Rechtsstreites, der in eigenem Interesse klagende Dritte ist es auch materiellrechtlich: er beruft sich auf

---

7) Ueber den scheinbaren Widerspruch der l. 55 D. de proc. 3,3 vgl. unten § 6.

8) Caius III § 180/181.

9) Dass diese Stelle auch für den procurator i. r. s. gelten muss, ist nicht zu bezweifeln. Es ist eben im Verhältnis zum Schuldner der procurator i. r. s. nur procurator, vgl. Bähr, Cessionslehre in Jherings Jahrbüchern I S. 375.

das zu Grunde liegende Kausalgeschäft[10]) und schlägt so seinem Gegner die Waffe aus der Hand.[11])

§ 3. Die actiones utiles; das Cessionsprinzip.

Mit der vollen Ausbildung des Prokuratorenwesens hatte das römische Recht vor der Hand den ersten Bedürfnissen einer Erleichterung des Geldverkehrs genügt, und es darf nicht gering angeschlagen werden, wie man es verstanden hatte, alte, im Rechtsbewusstsein der damaligen Zeit fest wurzelnde Anschauungen zu schonen und doch neuen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Als aber mit Anbruch der Neuzeit in Roms Geschichte[1]) der Grundstücksverkehr mehr und mehr in den Hintergrund trat und wirtschaftlich Rechte, insbesondere Forderungsrechte, ebenso als Vermögensträger und -bestandteile angesehen wurden wie körperliche Sachen (Eigentum), da war der Augenblick gekommen, wo jenes Kompromiss zwischen alter und neuer Zeit in seiner Schwäche und Unzuverlässigkeit sich überlebt hatte, wo das Recht, wollte es nicht hinter dem Leben und seinen Forderungen zurückbleiben, notwendig sich ändern, einen neuen Weg einschlagen musste. Jedoch konnte ein Umweg nicht mehr genügen; es hiess jetzt gerade aus auf das Ziel hinsteuern.[2])

Indes nur ganz allmählich, von Fall zu Fall, vollzog sich der Wandel, ohne dass die neue Rechtsidee in klarer Schärfe hervortrat, und so gelangte erst sehr spät in der Geschichte des römischen Rechtes die Lehre von der Cession zu einem Abschluss.

Vorläufer der neuen Rechtsumgestaltung finden sich schon in der Anerkennung und Ausbildung gewisser Universalsuccessionsformen.

---

10) d. h. eben darauf, dass er in rem suam Mandat erhalten hat.

11) vgl. fr. 25 i f. de proc. 3,3.

1) Stammler, Schuldverhältnisse S. 183.

2) Windscheid, die actio S. 124.

Geschichtlich der erste Fall begegnet uns in der bonorum emptio: um den Ersteigerer der Konkursmasse möglichst unabhängig vom Kridar (und dessen Mandat) zu stellen, proponiert der Prätor für ihn eine besondere Formel (formula Serviana).[3])

Dann erhält der Universalfideicommissar, bis dahin als emptor hereditatis nummo uno behandelt, durch das S. C. Trebellianum, wenn die Restitution der Erbschaft an ihn erfolgt ist, actiones utiles von dem Prätor bewilligt, die ihn befähigen, auch ohne Zuthun des Erben Rechte der Erbschaft geltend zu machen.[4])

Unter Antoninus Pius werden endlich dem emptor hereditatis[5]) ebenfalls actiones utiles gewährt, und das war nur natürlich in Anbetracht der analogen Behandlung, die Erbschaftskauf und Universalfideikommiss im älteren Recht erfahren hatten.

Allen drei Fällen gemeinsam ist, dass die in Rede stehenden Klagen nicht actiones mandatae sind, sondern utiles aus eigenem Rechte des Klägers.

Prozessual waren es wahrscheinlich actiones ficticiae, in denen die fehlende Erbenqualität durch Fiktion si heres esset oder ähnlich ergänzt wurde. So heisst es vom bonorum emptor, dass er ficto se herede (IV, § 35 Caius), vom Universalfideikommissar, dass er quasi heres (II, § 253 Caius) klage. Die geschichtliche Verwandtschaft der her. emptio mit dem Universalfideikommiss und die Erwägung, dass die Erbenfiktion bei der her. emptio weit weniger gezwungen als bei der emptio bonorum erscheint, spricht für die Vermutung, dass auch der emptor her. unter der besagten Fiktion klagte.[6])

Mit der Gewährung dieser actiones utiles hörten die, denen sie zu Gute kamen, auf, ferner noch „à discrétion“ ihres Autors zu stehen: sie gelangten zu einem

3) Caius IV §35.
4) Caius II § 252/53.
5) fr. 16 pr. de pactis 2,14.
6) v. Salpius a. a. O. S. 404.

eigenen Klagerecht, das der Schuldner der übergegangenen Forderung beachten musste.[7]) Wahre Cessionsfälle sind m. E. in diesen neuen Rechtssätzen nicht zu sehen.[8])

Es handelt sich bei ihnen um die Schaffung des Vermögensbegriffes: die neue Vorstellung, dass eine Summe von Rechten und Verpflichtungen durch eine einheitliche Rechtshandlung von einer Person auf eine andere übertragen werden könne. Jedenfalls aber lag in diesen neuen Rechtsgebilden sehr viel Zukunft, war doch der Auffassung Raum gegeben, dass der Uebertragungswille, in dem Verkaufs- oder Restitutionsakte geäussert, genügen muss, dem anderen Teil ein unwiderrufliches Klagerecht in die Hand zu geben.

Dieser neue Grundsatz, den man mit Bähr[9]) wohl das Cessionsprinzip nennen kann, wurde nach und nach für einzelne konkrete Fälle durch kaiserliche Reskripte eingeführt.

In ihnen wurde dem geäusserten Uebertragungswillen die Kraft zuerkannt, gewisse Rechtsfolgen (actiones utiles) hervorzubringen: nicht aber dem Uebertragungswillen schlechthin, sondern nur soweit, als er sich besonders qualificierte, nur soweit er einer gewissen causa entsprungen war und von dieser beherrscht wurde. Der Käufer[10]), der Pfandgläubiger[11]), der Ehemann[12]), denen eine Forderung abgetreten, der Gläubiger[13]), dem sie an Zahlungsstatt hingegeben wird, sie alle erhalten actiones utiles, nicht weil ein schlichter Abtretungswille, sondern weil der besondere im Kaufvertrag, in der Pfandkonvention u. s. w. enthaltene Geschäftswille im Austausch der Erklärungen sich dokumentirt hat. Die

7) vgl. die exceptio restitutae heredilatis in fr. 27 § 7 ad S. C. Trebellianum 36,1.
8) v. Salpius, a. a. O. S. 406.
9) Bähr a. a. O. S. 374.
10) c. 8 de her. vel act. vend. 4,38.
11) c. 4 quae res pignori 8,16.
12) c. 2 de O. et A. 4,10.
13) c. 5 quando fiscus vel priv. 4,15.

feine Differenzierung, wie sie z. B. unser Bürgerliches Gesetzbuch kennt, wenn es im Abschluss des Kaufvertrages (über eine Forderung) zweierlei sieht: das Kausalgeschäft: den Kauf und das abstrakte: die Abtretung, ist dieser Zeit noch unbekannt. Erst als Justinian auch dem in der donatio nominis enthaltenen Abtretungswillen klagerzeugende Kraft beilegte[14]) und damit jene subtilis observatio, wie er sagt, oder, historisch richtiger, den letzten Rest des Delegationsprinzipes beseitigte, war man im Grunde zu dem Ergebniss gelangt, dass der ausgesprochene Wille, eine Forderung von sich auf einen anderen übergehen zu lassen, genügen muss, jenem anderen ein dauerndes Klagerecht zu verschaffen.[15])

II. Buch.

Die Lehre vom fingierten Mandat.

§ 4. Aeltere Auffassungen von der Natur der actiones utiles: Mühlenbruchs Lehre vom fingierten Mandat, Puchta-Savignys Theorie von der cessio legis; die neuere Doktrin.

Nunmehr drängt sich uns die Frage auf, in welchem Verhältnisse jene actiones utiles zu den mandatae des älteren Rechtes standen. Für die Justinianeische Zeit darf sie insofern als gelöst bezeichnet werden, als wir es hier mit einem durch Verschmelzungsprozess gewonnenen einigen Institut zu thun haben, aus dem auch nur eine Klage entspringt.[1]) Was aber die Gewährung dieser Klage an den Cessionar für das Forderungsrecht selbst bedeutet, welches ihre Natur und ihr geschichtlicher Stammbaum, ist damit noch nicht gesagt. Diese Frage ist von der grössten Bedeutung, und man hat sie auf die verschiedensten Weisen zu beantworten

14) c. 33 de don. 8,53.

15) Bähr a. a. O. S. 394.

1) Mühlenbruch, Cession S. 177. v. Salpius S. 395. Falsch ist es daher, wenn es in der Glosse ad c. 1 de O. et A. 4,10 heisst: Aliud est cedere actionem, et aliud mandare.

gesucht. Mühlenbruchs Auffassung, die sehr lange Zeit im gemeinen Recht geherrscht, geht davon aus, dass zwischen den actiones mandatae und a. utiles ein historischer Zusammenhang bestand. Er glaubte ihn darin zu finden, dass in den Quellen a. utiles zum Ersatz eines unwirksamen Mandates dienten[2] und dass diese Funktion die ursprüngliche gewesen sei. Mit anderen Worten: es sollen die a. utiles nicht das siegreiche Vordringen der neuen Cessionsgedankens bedeuten, sondern zunächst nur dazu bestimmt gewesen sein, die Fesseln der Mandatsform abzustreifen. Einmal die Verwandschaft der a. utiles mit den a. mandatae, ihre Zweckbestimmung, die Fehler dieser zu beheben, angenommen, musste Mühlenbruch weiter so schliessen:[3] das Mandatsprinzip bleibt unverändert erhalten: die a. utiles schwächen es nicht ab, sondern verstärken es: die früheren a. utiles ergänzten ein unwirksames Mandat, die späteren ersetzten ein gar nicht erteiltes. Wird aus Kauf, Pfandkonvention, Hingabe einer Forderung an Zahlungsstatt eine a. utilis statuiert, so geschieht das wohl mit Rücksicht auf den in dem Kausalgeschäft erklärten Willen, vornehmlich aber in Fortleitung und Erweiterung des Mandatsgedankens: das fehlende Mandat wird fingiert.[4] Die a utilis des Cessionars ist eine actio ficticia: die a. mandata ohne Mandat.[5] Mehr und mehr tritt aber in der Weiterentwicklung das Willensmoment hervor, und so steht Mühlenbruch nicht an, für die Justianeische Zeit in der einfachen erkennbaren Willenserklärung nominis datio zu sehen,[6] aber nur darin zeigen sich die Folgen der Theorie vom fingierten Mandat — die Klage ist materiell nichts Anderes als die alte a. mandata oder utilis: die Ausübung eines fremden Forderungsrechtes, und dass die einmal

2) Mühlenbruch a. a. O. S. 39, S. 178, S. 187.
3) Derselbe a. a. O. S. 198.
4) Derselbe a. a. O. § 15 S 152.
5) Derselbe S. 181.
6) Derselbe S. 199, S. 453.

verschaffte Klage durch Widerruf, Tod des Cedenten oder Cessionars nicht wieder in Wegfall kommen kann, lässt sich von diesem Standpunkte aus nur durch die — jetzt materiellrechtliche Mandatsfiktion — erklären. Die Quintessenz der Mühlenbruchschen Ausführungen liegt in Folgendem: ursprünglich wird ein formelles Mandat gefordert, dann das erloschene durch Fiktion als noch vorhanden angesehen, weiter in gewissen Fällen das nicht erteilte durch Fiktion ersetzt, endlich in der deutlichen auf Uebertragung des Rechtes abzielenden Willenserklärung ein Mandat erblickt.

Puchta[7]) hingegen leugnet jeden historischen Fortschritt in der Cessionslehre: ihm ist von Anbeginn das Mandat ein formloses Geschäft, das meist in dem Kausalgeschäft involviert ist, und aus dem a. utiles ohne weiteres sich ergeben: wenn verbi gratia A. dem B. eine Forderung verkauft, so liegt in der Willenserklärung des A. ein Mandat, das eine a. utilis erzeugt,[8]) Was bedeuten für Puchta also dann, muss man fragen jene a. utiles, die dem Käufer einer Forderung u. s. w. nach und nach zugebilligt werden? Ihm sind es Ausnahmen von dem Princip, dass zur Geltendmachung einer fremden Forderung Mandat erforderlich ist, und, da er für alle Zeiten in der einfachen Willenserklärung einen solchen Auftrag erblickt, kann es sich für ihr nur um solche Fälle dabei handeln, wo der Gläubige, erst zur Mandatserteilung obligiert wird. Dann eben soll es eines Cessionsaktes: des Mandates nicht mehr bedürfen. Ohne ein Zuthun seitens des Cessionspflichtigen wird dem anderen die actio utilis erworben, das fehlende Mandat wird fingiert. Das ist der Punkt, wo Puchta und Mühlenbruch sich begegnen. Für beide sind die a. utiles keine Neuerung, kein Abgehen von dem Mandatserfordernis: ein fehlender Auftrag wird fiktizisch ergänzt. Hier aber auch ist die Wegscheide:

---

7) Puchta, Civilistische Schriften, Cession No. XXVII S. 461 Anm. i.

8) Puchta a. a. O. S. 459 Anm. f.

Mühlenbruch fingiert nur dort, wo der Uebertragungswille aus dem Kausalgeschäft hervorleuchtete, aber nicht die greifbare Gestalt des förmlichen Mandates annahm: die a. utiles sind ihm Durchgangsstufen zur freien Mandatsform; Puchta fingiert hingegen nur, wo ein Cessionswille noch nicht vorgelegen, wo erst eine Verpflichtung zur Cession vorhanden: die a. utiles leiten für ihn den Satz ein: „Auch ohne Mandat kann die Cession geschehen (sog. cessio legis), es wird ersetzt durch den Anspruch auf Cession, mit welchem, sowie seiner Geltendmachung nichts mehr entgegensteht, die Verpflichtung zur Cession also als eine gegenwärtig wirksame vorhanden ist, die Cession als geschehen angenommen, und dem Cessionar die Klage als utilis actio gestattet wird, mit anderen Worten: der Cessionar kann sich für seine Klage gegen den Schuldner nicht bloss durch ein wirkliches Mandat des Cedenten, sondern auch durch dessen Verpflichtung zu sofortiger Cession „ad causam legitimieren.“ [9])

Aehnliches hat sicher auch Mühlenbruch bereits vorgeschwebt, wenn er sich auch gescheut hat, die letzten verhängnissvollen Konsequenzen zu ziehen. In der Gewährung der a. utiles offenbart sich ihm ein „höheres Prinzip“: sie werden zugebilligt, so oft die Erteilung eines Mandates „verlangt werden konnte, aber ohne die Schuld des Berechtigten nicht erfolgt war“,[10]) und dieser Grundsatz soll weiter der Ausfluss einer ausgleichenden Gerechtigkeit: der aequitas sein. Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem (fr. 206 de R. J.).

Doch warnt Mühlenbruch davor, dieses „höhere Prinzip“ als feststehende Rechtsregel anzuwenden, denn seine Allgemeinheit mache es dazu untauglich.[11]) Es

9) Puchta, Pandekten § 281, Puchta, civilistische Schriften XXVII S. 463, Puchta, Vorlesungen II S. 132.

10) Mühlenbruch a. a. O. S. 179.

11) Mühlenbruch a. a. O. S. 179.

ist aber nur ein Schritt von der Erkenntnis eines Prinzipes zu seiner Anwendung: Puchta hat ihn eben gethan und Savigny[12]) sich ihm angeschlossen. Die Lehre von ihren Begründern mit grosser Präzision vorgetragen, bedeutet in der gemeinrechtlichen Cessionslehre eine Epoche. Es verdient aber hervorgehoben zu werden, dass die Puchta-Savignysche Theorie in reiner Form kaum von einem Theoretiker anerkannt worden ist. Joh. Adam Seuffert[13]) bekennt sich zwar zu ihr, fügt jedoch hinzu, dass ein richterlicher Ausspruch in die Mitte treten müsse, wenn über die Cessionsverpflichtung Streit obwalte. Zweifelhaft bleibt es, ob Seuffert dem in einem solchen Prozesse ergehenden Urteile deklarative oder konstitutive Wirkung zuschreibt. Da er letztere anzunehmen scheint, so gerät er mit sich in Widerspruch: er begeht eine Verwechselung zwischen der gesetzlichen und der richterlichen Uebertragungsform.[14])

Die meisten der älteren Schriftsteller folgen Mühlenbruchs Spuren: obwohl sie von der Vorstellung vom fingierten Mandat sich leiten lassen, unterscheiden sie doch die a. utiles der cessio hominis, die sie nicht von jeher vorhanden, sondern in historischer Folge eingeführt denken, von jenen a. utiles, die wahre Fälle einer cessio legis sind; zweifellos erklären sie diese wieder durch Mandatsfiktion. Nur leiten sie nicht den Puchta-Savignyschen Satz aus ihnen her. Zu ihnen zu rechnen sind Unterholzner,[15]) Sintenis,[16]) Vangerow.[17])

In neuerer Zeit hat man die ganze Lehre von der Cession einer genauen Untersuchung nach der geschicht-

---

12) v. Savigny, Obligationenrecht I S. 247/248.

13) Seuffert, praktisches Pandektenrecht I § 298 S. 165 und daselbst Anm. 8.

14) Mühlenbruch a. a. O. S. 464. Windscheid, actio S. 195.

15) Unterholzner, Schuldverhältnisse I § 277 S. 599. § 282 S. 610.

16) Sintenis, Civilrecht II § 102 Anm. 137. S. 382/383.

17) Vangerow, Pandekten III § 574 Anm. 1. N. 2 S. 104/105.

lichen und dogmatischen Seite hin unterzogen. Man verwarf die Mühlenbruchsche Theorie vom fingierten Mandat für Vergangenheit und Gegenwart und bekämpfte demgemäss auch Puchtas Theorie als eine Verirrung. Aus dem richtigen Verständnisse des historischen Fundaments entspross dann als edelste Blüte und Frucht die Erkenntnis, dass es für das gemeine Recht eine Singularsuccession in Forderungen geben müsse Damit fiel auch die Puchta-Savignysche Theorie in sich zusammen.

Für die Untersuchung nun, weshalb diese Theorie unhaltbar und deshalb a limine zurückzuweisen ist, sind gewisse Sätze zu formulieren, deren logisch fortschreitende Einzelprüfung zum Resultat führen wird.

I. Die Puchta-Savignysche Theorie in folgerichtiger Anwendung führt zu praktisch unmöglichen Ergebnissen (§ 5).

II. Die actio utilis des Cessionars steht in keinem historischen Zusammenhange mit der a. mandata des älteren Rechts (§ 6).

III. Die a. u. enthält keine Mandatsfiktion, sondern steht prozessual wie materiell im Gegensatz zur a. mandata (§ 7).

IV. Die a. utiles der quellenmässigen sog. cessio legis beruhen ebenfalls nicht auf Mandatsfiktion; sie sind begrifflich überhaupt keine Cession, auch liegt ihnen kein allgemeines Prinzip zu Grunde (§ 8)

V. Aus den Quellen ergiebt sich die Notwendigkeit des Cessionsaktes (§ 9).

III. Buch.

Die Widerlegung der Puchta-Savignyschen Theorie.

§ 5. Die Puchta-Savignysche Theorie in folgerichtiger Anwendung führt zu praktisch unmöglichen Ergebnissen.

Windscheid[1]) hat die Puchta-Savignysche Theorie einen „exorbitanten Satz“ genannt. Mit Recht: denn

1) Windscheid, actio S. 195.

sie verwischt die Grenze zwischen den absoluten und relativen Rechten. Wie man auch die Obligation definieren mag, in jedem Falle wird man sich darüber einig sein, dass das Recht des Gläubigers zwar nicht als solches, wohl aber in Hinblick auf seine Verwirklichung durchaus nicht die Sicherheit des absoluten Rechtes geniesst: Wille und Wille, Subjekt und Subjekt stehen einander gegenüber, und das rechtliche Band zwischen ihnen ist nicht stark genug zu verhindern, dass der gebundene Wille doch den beabsichtigten Erfolg der Obligation vereitelt. Lässt man aber mit dem Moment des Entstehens einer Verpflichtung bereits den Effekt eintreten, dessen Hervorbringung das Endziel der eingegangenen Verpflichtung ist, so wird dadurch der obligatorische Vertrag mit dinglicher Wirkung ausgestattet.[2]) Wenn man soweit geht, die Cession d. h. Uebertragung eines Forderungsrechtes als geschehen gelten zu lassen, obwohl sie nicht geschehen, was könnte logisch uns davon abhalten, einen gesetzlichen Uebergang auch der rei vindicatio dort anzunehmen, wo deren Uebertragung Leistungsgegenstand der Obligation ist? Ein Schluss, den zu ziehen auch dem konsequenten Anhänger der Puchta Savignyschen Theorie nicht beikommen wird.[3]) Nicht minder befremdend ist das Resultat, das folgender Fall ergäbe: A. erteilt dem B. den Auftrag, eine Forderung für ihn zu kaufen. B. cedirt die Forderung, die er als indirekter Stellvertreter des A. erworben, weiter an C. Ist C. nun der Forderungsberechtigte? Nach Puchta-Savigny gewiss nicht, war doch die Forderung unmittelbar kraft Gesetzes durch den Kauf des B. dem A., dem Mandanten, erworben. Thatsächlich leitet man also aus dem römischen Rechte

2) vgl. Bänr a. a. O. S. 400.

3) Windscheid, actio S. 195. Zimmermann, über fingierte u. s. w. Cession u. s. w. in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess N. F. XV S. 103 vergisst, dass der Satz nemo plus iuris etc. in jedem Falle einen gesetzlichen Uebergang der rei vindicatio verhindern würde.

einen Satz her, der nicht nur das römische Recht selbst, das keine wahre Stellvertretung kannte, hinter sich lässt, sondern sogar über die gemeinrechtliche direkte Stellvertretung hinausgeht, indem er der indirekten hier gleiche Wirkungen beilegte. Die Frage aber, ob nun der Vertretene (A.) den Verkauf etwa wegen laesio enormis anfechten könne, wenn der Vertreter (B.) donandi animo die Forderung unter der Hälfte ihres Wertes weiter veräussert habe, ist zu verneinen. Denn der donandi animo handelnde B. hat garnicht ein Recht auf Recession, ein solches kann daher auch nicht (auch von Puchtas Standpunkte aus nicht) in der Person des A. entstehen.[4])

Ebenso übertrieben erscheint auch der Grundsatz, wenn man sich vergegenwärtigt, dass nach demselben jemand, der für ein indebitum an Zahlungsstatt eine Forderung cediert, ohne die condictio anzustrengen zu brauchen, sofort wieder wegen seines Anspruches auf Rückcession als Gläubiger erscheint. Ja mehr noch: da nach Puchta[5]) die cessio legis auf den Zeitpunkt angesetzt wird, in welchem die Cession verlangt werden könnte, hier also den Moment der Abtretung an den vermeintlichen Gläubiger, so bleibt der Cedent Gläubiger: die Cession ist nichtig.

Hat die Praxis auch nicht derart abstruse Folgerungen wie die eben besprochenen aus dem Puchtaschen

4) Also nach Puchta kann der Vertretene (A.) entweder die Forderung als eigene gelten machen, weil die Cession seitens das B. an C. eine fremde Forderung betraf, oder er lässt den Kaufvertrag (wiederum kraft cessio legis) als eigenen gelten: dann aber giebt es eben keine Anfechtung wegen laesio enormis, sondern nur den Anspruch auf Verkaufgeld. Anders Zimmermann S. 104, Reimers, fingierte Cession S. 11.

5) Puchta Pandekten § 280 nimmt ja die Cession als geschehen an, sobald die Verpflichtung als gegenwärtig wirksame vorhanden ist. Was steht hier der Verpflichtung zur Rückcesssion entgegen? Nichts: die Thatsache des error auf Seiten des Cedenten und selbst des Cessionars ändert an dem Bestehen der objektiven Verpflichtung nichts. Der Fall wird angedeutet von Bähr a. a. O. S. 400.

Satze gezogen, so finden sich doch unter ihren Entscheidungen Fälle, die, auf jenem Princip aufgebaut, mit dem System des gemeinen Rechts nicht vereinbar sind. So wird der Pächter einer Wirtschaft, weil er vom Verpächter mit der a. conducti die Abtretung der a. legis Aquiliae gegen den Schädiger des verpachteten Geschäftes verlangen könnte, für die a. legis Aquiliae utilis als genügend aktiv legitimiert befunden.[6]) Dies steht aber mit den Quellen in direktem Widerspruch. Abgesehen davon, dass der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstückes gegen den, der die Früchte auf den Halm beschädigt, ausnahmsweise die a. l. A. utilis erhält, wird dem Forderungsberechtigten diese Klage versagt,[7]) und selbst Schriftsteller,[8]) die noch weitergehen, wollen diese Klage nur dann ihm zuerkannt wissen, wenn ihm ein anderes Hilfsmittel, sich schadlos zu halten, nicht zur Verfügung steht: unter einer Voraussetzung mithin, die hier nicht zutrifft, kann doch der Pächter die Abtretung des Entschädigungsanspruches vom Verpächter heischen.

So zeigt sich in jeder der angestellten Betrachtungen die innere Haltlosigkeit der Puchta-Savignyschen Theorie; wie sie unwahr und unmöglich in ihren Konsequenzen ist, so ist sie irrig in ihren Voraussetzungen, was zu beweisen die Aufgabe der folgenden Paragraphen ist.

§ 6. Die actio utiles des Cessionares steht in keinem historischen Zusammenhange mit der a. man- data des älteren Rechts.

Die ursprüngliche Funktion der actio utilis sah Mühlenbruch in der Aufgabe, ein erteiltes, aber unwirksames Mandat zu ergänzen, während Puchta schon für die frühere Zeit ganz allgemein aus formlosem Mandat die a. utilis für begründet hielt. Beider Ansicht kann sich nur auf zwei Quellenbelege stützen.

6) Seuffert, Archiv III No. 259. Weitere Fälle siehe bei Windscheid, Pandekten II § 330. Anm. 22.

7) Windscheid, Pandekten II § 455 Anm. 17.

8) Dernburg, Pandekten II § 131 Anm. 15.

Die erste Stelle ist die l. 55 D. de proc. 3, 3.

Ulpianus libro sexagensimo quinto ad edictum: Procuratore in rem suam dato praeferendus non est dominus procuratori in litem movendam vel pecuniam suscipiendam: qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit. Ohne Zweifel kann die Stelle nicht so gelautet haben; lässt schon der grammatische Fehler des ablativus absolutus (procuratore . . . . . procuratori) eine Interpolation vermuten, so wird diese Vermutung zur Gewissheit, zieht man in Erwägung, dass zu Ulpians Zeiten noch nicht der Cessionsbegriff existierte, sondern das mandatum ad agendum herrschte. Zum Ueberflusse kann man sich, um die Unmöglichkeit dieser Stelle zu beweisen, auf l. 3 C. mand. 4, 35 berufen.

Imp. Antoninus A. Germano: Si pater tuus tibi sui iuris constituto actionem adversus debitores suos mandavit, potuit ipse praesens adversus eos re integra experiri. si quid itaque ab eo apud iudicem actum est, rescindi nulla ratio patitur [a. 216]. Mühlenbruchs[1]) Uebersetzung des qui enim in dem fr. 55. 3,3 mit „insofern er“ ist willkürlich. Windscheid[2]) meint, der Mandatar greife zur actio utilis, wenn der mandans den Auftrag zurücknehme, und nicht energischer könne er dies thun als durch eigene Klaganstrengung. Gewiss, aber ist denn zwischen dem nicht erteilten und dem zurückgezogenen Mandat ein begrifflicher Unterschied? Also: giebt man für den Fall des Widerrufes a. utiles, warum nicht überhaupt? Da dieser Schluss an den Thatsachen scheitert, ist die Prämisse falsch. Die Salpiussche[3]) Rekonstruktion enthält sachlich gewiss nichts Unrichtiges, muss aber wegen der unbegründeten Annahme, dass an der Spitze der Stelle fideicommissario oder emptore hereditatis gestanden habe, zurückgewiesen

---

1) Mühlenbruch a. a. O. S. 195 § 16 Note 365.

2) Windscheid, actio S. 124/125.

3) v, Salpius, S. 402. Eine andere Erklärung versucht Reimers S. 13.

werden. Höchst wahrscheinlich hat die Stelle ursprünglich vom curator bonorum gehandelt. Ulpians 65. Buch zum Edikt hatte nämlich den curator bonorum zum Gegenstand,[4]) und der römische Jurist berichtet uns darin u. A., dass, wenn der Magistrat unter Einwilligung der Gläubiger anstatt der bonorum venditio einen (oder mehrere) curatores bonorum bestellte, diese, um die Aktiven des Schuldnervermögens bequem einziehen zu können, a. utiles erhielten, wie andererseits auch gegen sie a. utiles gegeben wurden. Vgl fr. 2 § 1. de cur. bon. dando, 42, 7: quaeque per eum eosve, qui ita creatus creative essent, acta facta gestaque sunt, rata habebuntur: eisque actiones et in eos utiles competunt. Wir können nunmehr uns die l. 55 D 3,3 so von Ulpian geschrieben denken:[5]) [Procuratore in rem suam dato] praeferendus non est dominus [pro] curatori (sc. bonorum seu bonis dato) in litem movendam vel pecuniam suscipiendam: qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit. Mit dem Nachweis einer Interpolation ist Puchta, dessen Hauptargument diese Stelle ist, widerlegt: aus dem blossen Mandat konnte nun und nimmer eine a. u. hervorgehen. Damit kommt auch die zweite Stelle, ein Reskript Gordians vom Jahre 242 in Wegfall. c. 1. de O. et A. 4, 10: Data certae pecuniae quantitate ei cuius meministi in vicem debiti actiones tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatas et, antequam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati munus implesse proponis. quae si ita sunt, utilis actio tibi competit. Hier also soll ein durch Tod des Auftraggebers erloschenes Mandat durch Gewährung einer a. u. ergänzt werden. So viel ist sicher: die genaue Angabe des Thatbestandes giebt zu erkennen, dass bis zu dem erfolgten Reskript in dem darin beschriebenen Falle eine a. u. nicht zur Verfügung stand.[6]) Das spricht wieder

4) Lenel, edictum perpetuum S. 350.

5) Die Worte in eckiger Klammer sind interpoliert.

6) Mühlenbruch a. a. O. S. 195.

gegen Puchta. Ob zu jener Zeit a. utiles für bestimmte Kausalgeschäfte sich herausgebildet hatten,[7]) kann füglich unerörtert bleiben. Jedenfalls, wenn es solche gab, waren sie nur Einzelfälle und strikte zu interpretieren. Mit Recht macht daher v. Salpius[8]) darauf aufmerksam, dass der Schluss utilis actio tibi competit ein allgemeines Erkennungsprinzip voraussetzt, das zu dieser Zeit eben nicht bestanden haben kann, und dass es sich doch inhaltlich nur um eine ausnahmsweise Gestattung, utiliter klagen zu dürfen, handeln könnte. Die Annahme einer Interpolation des an sich verdächtigen (quae si ita sunt) Schlusses ist daher geboten.[9])

Also ist auch Mühlenbruchs Auffassung verfehlt.

Rein äusserlich lässt sich demnach eine geschichtliche Beziehung zwischen a. mandatae und a. utiles nicht auffinden.

§ 7. Die actio utilis enthält keine Mandatsfiktion, sondern steht prozessual wie materiell im Gegensatz zur a. mandata.

Fast alle neueren Schriftsteller, die gegen das fingierte Mandat zu Felde gezogen sind, haben den Kampf auf dem Gebiete des römischen Prozesses ausgefochten: in Konjekturen über die formula der a. u. hat man vor Allem das Mittel zur endgültigen Beseitigung der

7) wie Karsten, fingierte Cession S. 46 behauptet.

8) v. Salpius a. a. O. S. 398/99.

9) Was an der Stelle in Wirklichkeit gestanden haben kann, bleibt zweifelhaft, jedenfalls eine Verweisung auf andere Rechtsmittel, etwa die a. neg. gest. contraria aus neg. gestio utilis gegen den, für den die Bittstellerin gezahlt, oder die condictio an den Fiskus, der die vakante Erbschaft erworben. Unrichtig erscheint die Annahme von v. Salpius, dass die Anfragende auf die actio ex empto gegen den Fiskus verwiesen sein kann. Wenn auch der Kauf die Denkform gewesen ist, in die man die Klagabtretung gebracht, so sind doch daraus solche praktische Konsequenzen gewiss nicht zu ziehen. Den Thatbestand missversteht durchaus Reimers, fingierte Cession S 14.

Mühlenbruchschen und der Puchtaschen Ansicht gesucht und gefunden. Doch auch schon vom rein dogmatischen Standpunkte ist die Mandatsfiktion höchst befremdlich. Das Mandat ist ein contractus bilateralis inaequalis: ein Vertrag, der nur den Interessen des Auftraggebers dienen soll, während der Beauftragte rein alteruistisch thätig wird. Nicht besser konnten die Römer ihre Auffassung von diesem Vertrage zur Geltung bringen als dadurch, dass sie die Klage des Auftraggebers als a. mandati directa, die nebensächliche des Beauftragten als contraria bezeichneten.[1]) Das mandatum in rem suam, sicher eine gute Erfindung zu praktischem Zweck, enthielt schon eine contradictio in adiecto. In ihrem inneren Wesen hatte diese Art der Beauftragung den Mandatscharakter abgestreift; die Rollen waren vertauscht: der Beauftragte war derjenige, der vornehmlich interessiert war, der Auftraggeber verlor die a. mandati directa. Nun werden a. utiles eingeführt, und es schwindet jede Erinnerung an den alten wahren Mandatsbegriff. Widerruflichkeit, Unvererblichkeit, Erlöschen mit dem Tode des Auftraggebers: die typischen Beendigungsgründe des Mandats sind beseitigt, und man spricht von Mandat! Das Mandat ist überhaupt nicht erteilt worden, und man lässt es als erteilt gelten! Ein krasserer Widerspruch in sich als die Fiktion des Mandates lässt sich nicht denken. Sie erinnert sehr an das berüchtigte remanet propter pignus naturalis obligatio, sie ist eine Verwechselung von Ursache und Wirkung in grossem Style.[2])

In den Quellen findet sich nun kein Anhaltspunkt dafür, dass in den a. utiles das Mandat fingiert worden wäre.[3]) Im Gegenteil wird dort die a. u. durch einen wiederholt uns begegnenden Zusatz charakterisiert, der schon den Anhängern der Mandatsfiktion Schwierigkeiten machte. Vgl. l. 55. D. de. proc. 3,3, abgedruckt in § 6.

---

1) vgl. Bähr a. a. O. S. 363. Anm. 7.
2) Delbrück, Uebernahme fremder Schulden S. 9 u. 10.
3) Windscheid, actio S. 197/198.

l. 5 C. quando fiscus 4,15: Impp. Diocletianus et Maximinianus A A. et C C. Nanidiae. In solutum nomine dato non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus eius debitores creditor experiri potest. suo autem nomine utili actione recte utetur [a. 294] u. s. w. In diesen Stellen wird stets die a. u. in schroffen Gegensatz zur a. mandata gestellt. Von der a. mandata heisst es, der Kläger (procurator) klage hier ex persona sui debitoris, während er von der a. u. suo nomine Gebrauch mache. Das ex persona sui debitoris bei der a. mandata erklärt sich von selbst. Der Mandatar erhielt, wie wir gesehen, vom Prätor die gewöhnliche formula des Prozessvertreters, in der die intentio auf die Person des wahren creditor, die condemnatio auf die des Prokurators abgestellt war. Bedenkt man nun weiter, dass das mandatum ad agendum auch als mandatum i. r. s. nur eine Prozesslegitimation bedeutete und bezweckte, so fragt man sich, von dem suo nomine zunächst einmal abgesehen: wenn wirklich das fehlende Mandat fingiert wird, kommt denn das in der formula überhaupt zum Ausdruck? handelt es sich überhaupt um eine fehlende Klagbedingung? Wie Mühlenbruch sich die Formel bei Mandatsfiktion gedacht hat, verrät er nicht.

Huschke[4]) scheint wirklich eine Inserierung der Fiktion in die Formel anzunehmen. Das ist ganz verfehlt. Nie und nimmer könnte der Richter aus der Thatsache oder Fiktion eines Mandates ein dare facere oportere an den Cessionar folgern; das Forderungsrecht verblieb bei dem Auftraggeber und sollte bei ihm verbleiben: dass der Prokurator doch das Geschuldete erhielt, wurde durch subjektive Umstellung erreicht. Die Erwähnung des (wirklichen oder fingierten) Mandates in der Formel wäre überflüssig und unlogisch.[5])

---

4) Huschke, Darlehn S. 39 unten.
5) Eisele a. a. O. S. 9.

Da eine Einreihung der Fiktion in die Formel ausser Betracht bleibt, so kann man sich die Fiktion nur als Denkprozess des Prätors vorstellen, der sich in seinem Inneren vollzieht: wenn er nun eine Formula erteilt, so ist es doch viel natürlicher, dass der Prätor in souveräner Machtvollkommenheit[6]) erklärt: iudicium dabo, als dass er künstlich sich ein nicht erteiltes Mandat zurecht konstruiert.

Dieser freieren und natürlicheren Auffassung huldigt Bechmann.[7]) Er nimmt also eine gleiche Formulierung der a. mandata und der a. utilis an: jene erteilt der Prätor auf Vorzeigung des Mandates hin, bei dieser sieht der Prätor vom Mandat ab: das Vorgetragene und der Nachweis des Vorgetragenen (des Kausalgeschäftes) bestimmt ihn zur Verleihung der a. utilis.

Ein Unterschied in der Formulierung muss aber bestanden haben. Nur so lassen sich jene Gegenüberstellungen der a. mandata ex persona creditoris und der a. utilis suo nomine erklären. Mühlenbruch[8]) meinte, der Zusatz suo nomine bedeute nur, das der Cessionar eben nicht als procurator (procuratorio nomine), sondern in eigenem Namen klage. Den Widerspruch, der darin liegt, dass jemand, der aus fremdem Rechte eine fremde Klage herleitet, sie in eigenem Namen anstellen soll, ist Mühlenbruch nicht gewahr worden[9]). Auch der Versuch Muthers[10]), suo nomine mit „auf eigene Rechnung“ zu übersetzen und so die Theorie vom fingierten Mandat zu retten, ist misslungen, denn suo nomine bedeutet das eben nicht[11]). Vielmehr weist suo nomine mit Bestimmtheit darauf hin, dass die a. u. ein neues

---

6) oder auf kaiserliches Reskript.

7) Bechmann in der Münchener kritischen Vierteljahrsschrift X S. 209 f.

8) Mühlenbruch a. a. O. S. 184.

9) Windscheid, actio S. 132/133.

10) Muther, zur Lehre von der römischen actio S. 150.

11) Windscheid, die actio. Abwehr gegen Muther S. 61/62.

Rechtsmittel sei, neu in seiner prozessualen Gestalt, wie in seinem materiellrechtlichen Effekt.

Eisele[12]) sieht in dem suo nomine agere den konträren Gegensatz von alieno nomine agere. Alieno nomine klagt nach Caius IV § 86, wer die intentio ex persona domini, die condemnatio auf seine eigene Person nimmt. Also, schliesst Eisele, muss der, der suo nomine klagt, die intentio aus eigenem Recht herleiten: intentio und condemnatio müssen denselben Namen tragen: beide auf den Cessionar abgestellt sein. Damit aber der Cessionar ein dare oportere begehren könne, muss er civilrechtlich Gläubiger sein. Die fehlende Gläubigerqualität wird ersetzt durch Fiktion und zwar durch Fiktion einer Aktivdelegation.

Die Eiselesche Auffassung hat etwas ungemein Bestechendes. Dennoch wird man ihr kaum beipflichten können, denn sie setzte eine sprunghafte Entwickelung im römischen Rechte voraus, die durch nichts sich begründen lässt. Die Delegation war zweiffellos die ältere, das mandare actiones die jüngere Form, in der man den Satz: non solet stipulatio semel cui quaesita ad alium transire zu umgehen suchte. Solle nun das jüngste Recht (a. utilis) auf die Delegation zurückgegangen sein, so fragt man sich vergeblich, warum denn erst in so später Zeit und nur ganz allmählich jene actiones ficticiae Eingang in die Gerichtsstätte fanden, wo doch in viel früherer Zeit schon alle Bedingungen vorhanden waren, solche Klagformeln zu konzipieren. Auch aus den Quellen ergiebt sich nicht die Fiktion einer Delegation.

Gänzlich unrichtig aber ist es, wenn Reimers[13]) den Eiseleschen Ausführungen entgegen hält es wäre doch einfacher gewesen, das Mandat zu fingieren, da dieses der Delegation gegenüber einen Fortschritt

12) Eisele a. a. O. S. 19. S. 26.
13) Reimers a. a. O. S. 17

bedeute. Dieser Einwand beruht auf einer irrigen Vorstellung: das Mandat war, wie mehrfach erörtert, Prozesslegitimation und wurde überhaupt nicht in die Formel aufgenommen. Das mandatum ad agendum hatte prozessuale, die Delegation materielle Bedeutung.

Das Hauptargument gegen Eisele sehe ich darin, dass sich aus der Delegationsfiktion nicht jener Entwicklungsgang erklären lässt; wie ihn das römische Recht genommen hat. Wie konnte man zu dem im Justinianeischen Rechte vorwaltenden Gedanken gelangen, dass einfache Willenserklärung des Cedenten dem Cessionar eine a. utilis verschaffe? Oder operierte man damals nicht mehr prozessual — die Formel war ja abgeschafft —, sondern civilrechtlich noch mit einer solchen Fiktion? das ist nicht anzunehmen. Das ziemlich umständliche Institut der Delegation dürfte im Lauf der Jahrhunderte in Vergessenheit geraten sein. So muss man denn sagen, dass die Eiselesche Konjektur zwar vor allen anderen den Vorzug grösster logischer Präzision hat, gleichwohl aber als gekünstelt und durch Quellenbeläge nicht wahrscheinlich gemacht abgelehnt werden muss.

Andere Versuche, die formula der a. u. wiederherzustellen sind auch nicht recht befriedigend. Brinz[14]) denkt sie sich als in factum konzipiert. Dadurch würde in der That eine Formel geschaffen sein, die am ehesten imstande wäre, den Cessionsgedanken in seiner Herausbildung aus dem Einzelfall zu einem allgemeinen Prinzip einzuleiten. Man muss sich also vorstellen, dass zunächst für den ersten Fall eine bestimmte, nur ihn berücksichtigende Formel entworfen wurde. Dann wurden nach ihrem Vorbilde oder besser Vorgange Formeln für weitere Fälle abgefasst. Dieser Werdegang findet in der Abschaffung des Formularprozesses seinen natürlichen Abschluss. Nun übernehmen die Wissenschaft und die freie Rechtsprechung die führende Rolle: sie gelangen induktiv zu dem Leitsatz der modernen Cession: der

14) Brinz Pandekten II S. 393 Aum, 9.

erkennbar geäusserte Wille, eine Forderung auf einen anderen zu übertragen, erzeugt die a. u. des Cessionars. Dieser Satz war sicher schon vor Justinian gefunden: indem Justiniam ihn auch für die Schenkung angewendet wissen will, verfährt er nicht induktiv, sondern deduktiv: er zieht aus ihm die letzte Folgerung. Dieser Gedankengang, den ich in anderem Zusammenhange schon einmal vorgetragen, würde in der Annahme von formulae in factum conceptae sehr gut zum Ausdruck kommen. Es erwächst aber dieser Theorie aus dem erwähnten suo nomine eine nicht geringe Schwierigkeit. Kann man denn von dem mit der a. u. klagenden Cessionar sagen, er klage suo nomine? Eine formula in factum concepta z. B. für Kauf einer Forderung müsste etwa so gelautet haben:[15]) si paret N^um^ Titio C. dare oportere et Titium id nomen A° vendidisse, N^um^ A° centum c. s. n. p. a. Wir haben also eine intentio, die auf den Namen des wahren creditor abgestellt, und durch den das Kausalgeschäft angebenden Zusatz erweitert ist. Der Cessionar, der so klagt, beruft sich aber noch immer auf fremdes Recht: er klagt nicht suo nomine, sondern ex persona debitoris. Auch die Einfügung des Kausalgeschäftes in die intentio kann das suo nomine nicht erklären und den Widerspruch lösen.

So bleibt denn nichts Anderes übrig, als ein non liquet auszusprechen.

Das wesentliche Ergebnis der Untersuchungen aber wird dadurch nicht verkümmert. Ist auch das positive Ziel: die formula der a. u. zu finden nicht erreicht worden und vielleicht überhaupt nicht erreichbar, so ist doch der negative Nachweis gelungen, der Nachweis, dass eine Mandatsfiktion unmöglich den a. u. innegewohnt haben kann. Damit ist die Theorie von der cessio legis zu Falle gebracht, denn ihre Prämissen sind als irrige erwiesen. Nach Puchta standen von jeher jedem procurator i. r. s. actiones u. zur Seite. Das war falsch: die

15) Eisele a. a. O. S. 21.

Stellen, die es bezeugen sollten, sind interpoliert Die allmählich eingeführten einzelnen a. u. erklärte sich Puchta, von seiner ersten irrigen Annahme ausgehend, als Fälle eines gesetzlichen Forderungsüberganges kraft fingierten Mandates. Eine solche Fiktion konnte nicht stattfinden und hat nicht stattgefunden. Darum lässt sich aus diesen Fällen für das gemeine Recht nicht der Schluss ziehen, dass überall, wo Cession verlangt werden könnte, der Anspruch auf Cession genügen müsste, den Berechtigten ad causam zu legitimieren. Denn in den Fällen handelte es sich nicht um die Erhaltung eines alten Prinzips d. h. Ergänzung eines fehlenden Mandates, sondern um die Anerkennung eines neuen, rechtsbedeutsamen Thatbestandes, des formlosen Veräusserungswillens.

§ 8. Die a. utiles der quellenmässigen sog. cessio legis beruhen ebenfalls nicht Mandatsfiktion; sie sind begrifflich überhaupt keine Cession, auch liegt ihnen kein allgemeines Prinzip zu Grunde.

Einem anderen Entwickelungsgange als die a. u. des Cessionares gehört eine Anzahl von Fällen zu, in denen die a. u. nicht als Träger der sieghaften neuen Rechtsidee erscheint, sondern propter aliquam utilitatem eingeführt ist. Allgemein charakterisieren sie sich dadurch, dass weder ein Mandat erfogt ist, noch ein auf Rechtsübertragung gerichteter Wille hervortritt und doch jemand die Berechtigung erhält, das einem anderen zustehende Forderungsrecht klageweise geltend zu machen. Nicht mittelbar wirkt das Gesetz hier, wie im Falle der Cession, wo es, durch den menschlichen Willen ausgelöst, das Gewollte realisiert, sondern spontan knüpft es an einen vorliegenden Thatbestand an und erteilt einem anderen als dem Forderungsberechtigten die a. u.[1]) Man hat diese Fälle darum als sog. cessio legis bezeichnet. Vgl. Alphonsus de Olea, de cessione iur. Tit. 1 qu. 3. nr. 1.: „Cessionis summa et praecipua

1) Windscheid, Pandekten I § 63 Note 1.

divisio est, quod alia est hominis, alia vero legis. Cessio legis est, quando legis virtus et auctoritas, aliqua aequitatis vel necessitatis ratione dictante efficit, ut actio, eiusque exercitium mihi competens, absque aliquo meo facto in alium transferatur. Neuerdings hat sich Regelsberger[2]) gegen den Begriff oder eigentlich das Wort: cessio legis erklärt, weil das der Cession wesentliche Element, wodurch sie sich von der Succession unterscheidet, der Akt des Abtretens, der cessio legis fehlt und auch in den Quellen Worte wie cessio und cedere nicht in diesen Fällen gebraucht werden. Gleichwohl braucht man nicht Anstand zu nehmen, den eingebürgerten Ausdruck weiter zu benutzen, trotzdem und gerade weil mit ihm die Erinnerung an eine nunmehr überwundene historische wie dogmatische Verirrung sich verbindet.[3])

Puchta und Savigny machten keinerlei Unterschied zwischen den a. u. der cessio hominis und den a. u. der cessio legis. Das ist von ihnen aus nur folgerichtig, die sie in jeder gewährten a. u. einen Fall gesetzlichen Forderungsüberganges erblickten Hat man aber das eigentliche Wesen der a. u des Cessionars historisch erfasst, dann muss man von ihnen die Fälle sondern, die nichts mit dem Werdegange der Cession zu thun haben, den Fällen, in denen ohne Mandat und ohne erklärten Willen des Berechtigten einem anderen eine a. u. zugeteilt wird.

Eine vollständige Zusammenstellung[4]) oder dogmatische Erörterung aller quellenmässigen Fälle einer

---

2) Regelsberger, zwei Beiträge zur Lehre von der Cession im Archiv für die civilistische Praxis Band 63 k. 158—199. Der Gedanke ist nicht neu. Bereits Donellus, Comment. iur. civ. lib. XV. c. 44. § 8 sagt: cessionem actionis intellegi volo omnem rationem, qua voluntate creditoris in alium transfertur actio [Opera omnia volumen IV.]

3) Vgl. Dernburg, Pandekten II § 49 Anm. 7.

4) Eine solche findet sich bei Mühlenbruch a. a. O. §§ 44, 45 Zaun, zur Lehre von der sog. fingierten Cession, im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. N. F. Band 1. S. 131 bis 148. Schmidt, Grundlehren der Cession § 25—50, Jedoch finden sich bei Schmidt Verwechselungen der a. u. von cessio hominis und cessio legis.

cessio legis hier zu versuchen, bleibt ausgeschlossen. Viele von ihnen sind nicht praktischen Rechtes geworden, teils weil sie sich auf Verhältnisse, die dem deutschen Rechtsleben fremd sind, beziehen, teils weil sie durch die gemeinrechtliche Entwickelung überholt sind. In manchen Fällen ist es zweifelhaft, ob überhaupt eine cessio legis vorliegt. Dies findet seine Erklärung darin, dass die Quellen eben in keinem Falle von einer cessio legis sprechen. Einen Anhalt, ihre wahre Natur zu erkennen, bietet uns dann stets die Untersuchung, ob die gewährte a. u. irgend wie mit einer Willenshandlung des Gläubigers in Zusammenhang steht: ist dies zu bejahen, so kann von cessio legis nicht die Rede sein.

Mühlenbruch[5]) sah in den Fällen der cessio legis ein höheres Prinzip sich bethätigen, und das lautete nicht viel anders als jenes, das er den a u. des Cessionars zu Grunde legte; „Sie finden nämlich statt, so oft eine Cession ohne die Schuld des Berechtigten nicht erfolgen kann und sich ein Anderer mit seinem Schaden bereichern würde, falls er nicht ohne Cession klagen könnte.“ Es will mir scheinen, dass Mühlenbruch, der diesen Satz wieder auf die aequitas zurückführt, damit naturrechtliche Gedanken in die Lehre hineinträgt.

Die meisten jener Fälle aber sind rein praktischen Zwecken entsprossen und wollen deshalb nicht philosophisch aufgefasst sein. Das römische Recht kannte nicht die direkte Stellvertretung. Das war ein Mangel, der manchmal recht fühlbar hervorgetreten sein wird. Da gewährte man in einzelnen, recht dringenden Fällen dem Geschäftsherrn, der indirekt vertreten wurde, eine a. u. So erhält der, der einen institor angestellt, eine a. u. aus dessen Kontrakten vgl. fr. 1. 2. de institor. actione 14, 3. Und wie praktisch wird dies begründet! Ebenso gut, wie man dem Dritten aus

---

5) Mühlenbruch a. a. O. S. 471.

Verträgen mit dem institor eine a. u. gegen den Geschäftsherrn gebe, könne man diesen ohne weiteres gegen den Dritten utiliter klagen lassen. Vgl. fr. 13 § 25 de act. empti venditi 19, 1.

In anderen Fällen wird ohne Cession jemandem eine a. u. zugebilligt, der einen Vermögenskomplex erhält, aus welchem indebite Zahlungen erfolgt sind. Vgl. fr. 8 § 16 de inofficioso testamento 5,2; fr. 2 i. f., fr. 3 de cond. indeb. 12,6: der Erbschaftskläger ist legitimiert, auch ohne Abtretung seitens des Erbschaftsbesitzers die condictio indebiti auf Rückzahlung der durch Testamentsrescission ungiltig gewordenen Legate als a. u. anzustrengen. Eine Anzahl von a. u. ermöglichen einen Regress ohne Abtretung z. B. fr. 57. de legatis 1 (30). Hier sind es sicher praktische Rücksichten, die die a. u. rechtfertigen, und so in den meisten Fällen[6]); einen einheitlichen höheren Gedanken, der sich wie ein roter Faden durch alle Fälle hindurchzöge, lassen sie hingegen sämtlich vermissen: man müsste ihn denn in der aequitas finden. Die aequitas aber ist nicht ein Grundzug des Wesens der cessio legis, sie ist das Fundament des Rechtes überhaupt, und wenn Mühlenbruch[7]) sich auf das fr. 206 de R. J. beruft, so kann man ihm entgegenhalten: in omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est. (fr. 90 de R. J.)

Wie die Formel der a. u. im Falle einer cessio legis gelautet haben mag, ist kaum festzustellen. Eine fingierte Cession kann sie jedenfalls nicht enthalten haben.

Gegen eine Mandatsfiktion lassen sich dieselben Gründe, die bereits bei der a. u. des Cessionars vorgebracht wurden, mit demselben Erfolge wie dort verwerten. Auch an eine Anlehnung an die actiones utiles des Cessionars ist nicht zu denken. Die a. u.

---

6) Vgl. zu Obigem Windscheid, actio S. 201.

7) Mühlenbruch a. a. O. S. 471 Anm. 532.

der cessio legis sind zum Teil weit älteren Ursprungs als die der cessio hominis. So wird in den Quellen eine von Sabinus herrührende a. u. erwähnt. (fr. 21 de act. empti vend. 19,1.)[8]

Das Wahrscheinlichste ist die Annahme von formulae in factum conceptae, wenngleich es nicht unmöglich ist, dass die eine oder andere fiktizisch gestaltet war.[9]

Das Resultat nun, das sich hier uns bietet, bestärkt nur die bereits früher gewonnenen Ergebnisse. Die Fälle wahren gesetzlichen Ueberganges, denen wir in den Quellen begegnen, sind weder einer besonderen einheitlichen Rechtsidee entsprungen, noch sind sie in irgend welcher historischer oder logischer Verbindung mit der Geschichte der wahren Cession eingeführt worden. Also lässt sich aus ihnen für die Puchta-Savignysche Theorie keinerlei Beweismaterial entnehmen: die Verpflichtung zur Cession, mit der Puchta operiert, war nicht das treibende Moment bei der cessio legis: diese stellt überhaupt nur eine Summe von Einzelfällen, nicht ein einheitliches Institut dar.

§ 9. Aus den Quellen ergiebt sich die Notwendigkeit des Cessionsaktes.

Dass eine Theorie, die die Verpflichtung zur Cession geschehener Cession gleichsetzt, in direkten Widerspruch mit den Quellen gerät, hatte Mühlenbruch bereits erkannt: er bezeichnete es als ein Leichtes, aus den Quellen selbst einen Satz zu widerlegen, zu dem nur laxe Interpretation führen könnte.[1] In dieser Hinsicht kommen in Betracht:

I) fr. 49 § 2 de acquir. vel amittenda possessione 41,2:

8) Zaun a. a. O. S. 145 spricht hier von fingierter Cession, nicht so Witte, Bereicherungsklagen S. 312 ff., was Reimers a. a. O. S. 24 Anm. 1 irrtümlich annimmt.

9) Brinz, Pandekten II, 1 S. 398 Anm. 21.

1) Mühlenbruch a. a. O. S. 470

Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati eam cedere cogitur.

Der Thatbestand ist folgender: A. hat dem Prokuratoren B. ein Mandat erteilt, für ihn eine Sache zu kaufen. Dies ist geschehen. Obwohl nun das römische Recht direkte Stellvertretung prinzipiell verwarf, gestattete es ausnahmsweise den Besitzerwerb durch Stellvertreter. Vgl. fr. 13. pr. de a. r. d. 41,1; fr. 42 § 1. de a. v. a. p. 41,2; c. 1 de adqu. et ret. poss. 7.32. Durch Tradition der gekauften Sache an B. hat A. unmittelbar, auch ohne Kenntnis von der Besitzergreifung, selbst Besitz erlangt. Wird aber später der Besitz durch Eviktion ihm entzogen, ist er nicht in der Lage, ohne weiteres sich an den Veräusserer der Sache zu halten: die Wirkungen der Tradition sind zwar direkt bei A. eingetreten, die Obligation aber (der Kauf) verbindet nur die beiden ursprünglichen Kontrahenten: die actio evictionis hat allein der Vertreter B; will A. sie anstrengen, muss er mit der Mandatsklage den B. anhalten, die a. ex empto ihm abzutreten: invito procuratore kann er sie nicht geltend machen. Einer Cession bedürfte es aber nicht, wären Puchta und Savigny mit ihrer Theorie im Recht: die Stelle spricht unwiderlegbar gegen sie.

II) fr. 1 § 11 depositi vel contra 16,3: (Ulpianus libro trigensimo ad edictum) Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. et putat tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi: si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus.

Zwei Fälle sind in vorstehender Stelle auseinander zu halten:

1. Der Mandatar, der die dem Auftraggeber gehörende Sache einem Dritten zur Aufbewahrung giebt,

geht das Depositum unter der Abrede ein, dass die Rückgabe an den Eigentümer erfolgen solle. Obwohl nach striktem Rechte hier der Eigentümer nicht eine persönliche Klage gegen den Depositar erhält, wird ihm ausnahmsweise die a. depositi als utilis actio gewährt, vgl. auch c. 8 § 1 ad exhibendum 3,42.

2. Hat aber der Beauftragte in eigenem Namen die Sache des Mandanten deponiert, so ist dieser nicht befugt die a. depositi als a. utilis gegen den Verwahrer anzustrengen. Die Verpflichtung zur Klagcession, die dem Mandatar obliegt, genügt nicht zur Aktivlegitimation des Mandanten. Erst muss er den Beauftragten veranlassen, eventuell zwingen, die a. depositi ihm abzutreten.

III. Mehrere Bürgen[2]) derselben Schuld haften jeder für das Ganze. Wird einer von ihnen in solidum belangt, kann er sich jedoch auf die epistula Hadriani (§ 4 J. de fidei. 3,20) berufen und den Gläubiger auffordern, die Schuld unter ihn und die übrigen solventen Mitbürgen zu teilen. Unterlässt er es jedoch, sich dieses Rechtes zu bedienen, so muss er die ganze Schuld tilgen und hat kein Rechtsmittel, von den Mitbürgen Ausgleichung der Vermögenseinbusse zu begehren: es ist seine eigene Schuld (sibi imputare debet) und sein eigener Schade (huius solius detrimentum est). Dies wird ausdrücklich in § 4 I. de fidei. 3,20 gesagt. In der l. 11 pr. C. de fidei. et mandator. 8,40 wird ebenfalls dem Bürgen, der den Gläubiger ganz befriedigt hat, ein Regress gegen die Mitbürgen verweigert, doch hier unter einer anderen Begründung: er hätte ja vor erfolgter Zahlung den Gläubiger nötigen können, ihm die dingliche Sicherung zu übertragen l. 11 § 1. l. c.: Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut ius pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur, et si

[2]) Von dem Regress gegen den Hauptschuldner wird im folgenden ganz abgesehen. Das Gleiche gilt von einem etwaigen Regress eines zahlenden Bürgen gegen einen Mitbürgen, sofern dieser Regress auf ausserhalb der Bürgschaftsübernahme liegenden Thatsachen (z. B. Gesellschaft) beruht.

hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. quod et in privatis debitis observandum est. Fraglich könnte es sein, von wem das hier erwähnte Pfand bestellt ist. Savigny[3]) meint: von dem Hauptschuldner, nicht den Mitbürgen stamme das Pfand. Dass diese Auffassung unrichtig ist, erhellt aus der l. 17 D. de fidei. et mandator. 46,1: hier spricht Julian von der Gepflogenheit der Richter, den Gläubiger zu zwingen, die Forderungen, die ihm gegen die übrigen Bürgen zustehen, dem zahlenden Bürgen zu verkaufen. Die Aufnahme dieser Stelle in die Justnianeische Kodifikation bedeutet eine Erhebung des richterlichen Brauches zum Gesetz. Halten wir sie mit der l. 11 C. 8,40 zusammen, so versteht sich das desiderare, ut ius pignoris transferretur ganz von selbst: es handelt sich um Uebertragung der Rechte gegen die Mitbürgen. Danach gelangen wir zu folgendem Ergebnisse: der zahlende Mitbürge hat sowohl das beneficium divisionis wie das beneficium cedendarum actionum. Verabsäumt er es, im Prozesse sich auf das eine oder andere zu berufen, so trägt er allein die nachteiligen Folgen des Prozesses, ohne die Mitbürgen zum Ersatze heranziehen zu können: das wird ausdrücklich in den Quellen gesagt. Puchta-Savignys Theorie aber wird hierbei zu Schanden, denn genügte die Verpflichtung zur Cession zur legitimatio ad causam, so würde unmittelbar mit erfolgter Zahlung eine actio utilis dem Zahler erworben sein, und das ist nicht der Fall.

§ 10. Rückblick. Neuere Gesetzgebungen.

Wir sind nunmehr an das Ende der Beweisführung gelangt, die es sich zum Ziele gesetzt hatte, die Puchta-Savignysche Theorie zu widerlegen. Auf drei verschiedenen Wegen wurde das Ziel erreicht.

Der erste verfolgte die Cession in ihrem geschichtlichen Werdegange vom Mandat zur formlosen Willenserklärung. Die Bedeutung der actiones utiles wurde darin erblickt, dass sie ein neues freies Prinzip, das Cessions-

3) Savigny a. a. O. I S. 276.

prinzip, einführten, dem es beschieden war, in späterer Zeit gänzlich das ältere absterbende Mandatsprinzip abzulösen. Nirgends enthielten sie einen gesetzlichen Forderungsübergang.

Der zweite Pfad, den wir betraten, führte uns durch ein Gebiet von Fällen, die man seit dem Mittelalter als cessio legis zu bezeichnen pflegt. Rechtfertigt auch die der Cession analoge Behandlung, die diese Successionsfälle erfahren, den Ausdruck, so handelt es sich doch im Grunde um Rechtssingularitäten die nicht von dem Bande einer gemeinsamen Idee umschlungen werden. Für die Puchta-Savignysche Theorie ergaben sie nichts, ja sie sprachen sogar gegen sie.

Diese Theorie — und das war der dritte Weg zur Wahrheit, — geräth in direktem Widerspruch mit den Quellen.

Das Verdienst, die innere Unwahrheit dieser Theorie aufgedeckt zu haben, gebührt vor Allem Windscheid und Bähr. Nach ihrem Vorgange haben dann die meisten neueren Juristen sich gegen die Puchtasche Lehre erklärt und hat auch die Praxis sie verworfen[1]).

In die modernen Gesetzgebungswerke ist sie nicht eingedrungen.

Das A. L. R. enthält sie nicht, wenn es auch in der Statuierung eines gesetzlichen Forderungsüberganges sehr liberal verfahren ist.[2])

Ebenso kennt sie der Code civil nicht.

Eine Ausnahme macht nur das Züricherische Civilgesetzbuch, das unter dem Einfluss der Puchtaschen Theorie steht (§ 1027).[3])

Das Bürgerliche Gesetzbuch endlich hat sich auch gegen Puchta und Savigny erklärt: Es unterscheidet

---

1) Windscheid. Pandekten II § 330 Note 12.

2) A. L. R. I, 16 § 46 vornehmlich, nach welchem der eine fremde Schuld Bezahlende d. Forderungsrecht des Gläubigers kraft Gesetzes erwirbt.

3) Stobbe-Lehmann, Handbuch III. S. 264 Anm. 82.

genau Verpflichtung zur Cession und cessio legis (§ 1251 Abs. 2). Die Verpflichtung kann auf Rechtsgeschäft wie Gesetz beruhen: in jedem Fall muss Abtretung hinzukommen, um den Uebergang der Forderungen zu bewirken. Im Falle einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung wird vielfach mit dem Moment ihrer Begründung der Abtretungsakt zusammenfallen, während das natürlich bei der gesetzlichen Verpflichtung ausgeschlossen bleibt. Fälle letzterer Art bieten die §§ 281. Abs. 1; 323. Abs. 2; 325 Abs. 1. S. 3, Abs. 2. Indem das B. G. B. Uebergang einer Forderung kraft Gesetzes und gesetzliche Verpflichtung zur Abtretung unterscheidet, hat es sich auf die Seite von Theorie und Praxis der neuen Zeit gestellt.

II. Abschnitt: Dogmatischer Teil.

I. Buch:

Abtretung und gesetzlicher Forderungsübergang.

§. 11. Der gesetzliche Forderungsübergang im B. G. B.: sein Character, allgemeine Lehren, cessio legis und Subrogation, Uebersicht der Fälle.

Häufig ist die Cession der Tradition gegenübergestellt und mit ihr verglichen worden. „Quod in alienatione rerum corporalium traditio est, id in alienatione iurium cessio dicebatur," heisst es bei Schilter in der Praxis iuris Romani in foro Germanico (Exercitatio ad Pand. 28 § 19) und nicht viel anders lautet der Anfang der decisio 40 Pars VIII bei David Mevius.[1])

Damit wurde zugleich jene Streitfrage in die Cessionslehre hineingetragen, die entsprechend in der Theorie von der Tradition gar oft diskutiert worden ist: die Frage nach dem Verhältnisse von Cessionsakt und Cessionsgrund. Und wiederum entstand ein Zwiespalt der Meinungen. Die einen fassten die Cession als

1) „Quo modo se habet traditio in rebus corporalibus, ita se cessio habet in incorporalibus, praesertim nominibus et actionibus."

abstraktes,[2]) die anderen als kausales[3]) Rechtsgeschäft auf. Für das B. G. B. kann kein Zweifel mehr obwalten, dass die Cession grundsätzlich ein von ihrer causa losgelöster Vertrag ist.

Mit der scharfen Trennung der causa und ihrer Verwirklichung gewinnen wir ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung der cessio legis. Indem nämlich das Gesetz Abtretung d. h. Uebertragung durch Vertrag (§ 398) in bewussten Gegensatz zur Uebertragung kraft Gesetzes (§ 412) bringt, sagt es uns: dort und nur dort liegt cessio legis vor, wo ohne den abstrakten Cessionsakt eine Forderung von ihrem Gläubiger sich trennt und zu einer dritten Person hinübergeht, gleichviel ob ein Rechtsgeschäft mit der Intention künftiger Abtretung vorhergeht oder fehlt.

Drei Merkmale sind es also, an denen ein Fall des gesetzlichen Forderungsüberganges zu erkennen ist:

1. die Forderung verlässt ihren Gläubiger,
2. geht auf einen anderen über und macht ihn zum Berechtigten,
3. ohne dass eine Abtretung stattfindet.

Daher kann von cessio legis nicht die Rede sein, wenn durch jemandes rechtsgeschäftliches Handeln unmittelbar der Person eines anderen das Forderungsrecht erworben wird, denn hier wird der thätige Teil überhaupt nicht Gläubiger, sodass sich ein gesetzlicher Uebergang der Forderung von ihm auf den anderen gar nicht vollziehen kann. Wenn also der Ehemann aus den Mitteln des eingebrachten Frauengutes ein Forderungsrecht erwirbt,[4])

---

2) Mit besonderer Energie vertritt den abstrakten Charakter der Cession Schliemann, Haftung des Cedenten, insbes. S. 18. Dernburg, II § 49.

3) Von neueren Schriftstellern siehe: Strohal, Rechtsübertragung u. s. w. in Jherings Jahrbücher Band 27 No. VII insbes. S. 395.

4) Im Falle der Verwaltungsgemeinschaft § 1381 Abs. 2, der Errungenschaftsgemeinschaft § 1525 Abs. 2, der Fahrnissgemeinschaft § 1550 Abs. 2.

so wirkt die Abtretung seitens des Gläubigers unmittelbar zu Gunsten der Frau: der Mann erscheint als alterego seiner Gattin. Nicht gesetzlicher Forderungsübergang, sondern sog. stille Stellvertretung liegt hier vor.[5])

Auch auf solche Fälle ist der Begriff der cessio legis unanwendbar, in denen einem Dritten gegenüber der Forderungserwerb erst mit der davon erlangten Kenntnis des Dritten als eingetreten gilt.[6])

Wenn im Gesetze ausdrücklich gesagt ist, dass der Schuldner einer zum Geschäftsvermögen gehörigen Forderung diese Zugehörigkeit, solange sie ihm nicht bekannt sei, nicht gegen sich gelten zu lassen brauche, so handelt es sich lediglich um eine „positive Bestimmung zum Schutz der bona fides."[7]) (§ 720) Beispiel: A. erwirbt für die Gesellschaft (A. B. C.) eine Forderung. Deren Schuldner S. ist der Meinung, A. habe für sich persönlich und als direkter Stellvertreter von B. und C. die Forderung erstanden, und demgemäss sei jeder nach allgemeinen Grundsätzen zu einem Drittel berechtigt (§ 420). Solange er sich in diesem Glauben befindet, kann er beispielsweise mit einer ihm gegen C. zustehenden Gegenforderung gegen diesen (bis zur Höhe von einem Drittel) aufrechnen oder mit tilgender Wirkung an ihn ein Drittel der Schuld zahlen. Erfährt nun S., dass A. B. C. Gesellschafter und die von A. als geschäftsführendem Socius erstandene Forderung zum Gesellschaftsvermögen gehört, so wird er dieser Möglichkeiten beraubt. Geht etwa nun erst die Forderung kraft cessio legis auf die Gesellschaft über? Gewiss nicht Mit demselben Rechte könnte man behaupten, dass eine nach § 398 abgetretene Forderung erst dann dem Cessionar zustehe, wenn der debitor cessus Kunde von

5) Scherer, Kommentar zum B. G. B. zu § 1381. Ein gleicher Fall in § 1646 Abs. 2, § 1686. Windscheid-Kipp, Pandekten II § 330 No. 3 S. 339.

6) Anders Windscheid-Kipp a. a. O.

7) Vgl. Oertmann, Solidarobligation in der Oesterreichischen Gerichtszeitung Jahrgang 48 S. 397.

der stattgehabten Cession erhält. Die Forderung gehört vielmehr auch vor der Kenntnis des Schuldners zum Gesellschaftsvermögen, und das nicht unerheblich. Bilden A. B. C. in unserem Beispiele einen nicht rechtsfähigen Verein im Sinne von B. G. B. § 54, so wird im Falle des Konkurses (C. P. O. § 50 Abs. 2 in Verbindung mit K. O. § 213) sicher die besagte Forderung zur Konkursmasse gehören, ohne Rücksicht, ob der Schuldner die erwähnte Kenntnis hat oder nicht. Die andere Auffassung hingegen führte dahin, dass möglicherweise erst nach beendetem Konkurse der Schuldner S. von dem ehemaligen Bestehen des nunmehr aufgelösten Vereines etwas erfährt, zu einer Zeit also, in der der „gesetzliche Forderungsübergang" unmöglich geworden ist. In gleicher Weise wie der Fall des § 720 sind auch die verwandten Bestimmungen der §§ 1473, 1497, 1546, 1549, 2019 Abs. 2, 2041 S. 2, 2111 Abs. 1 zu konstruieren.[8])

Nur wenig von den vorigen Fällen unterscheidet es sich, wenn es im H. G. B. § 25 Abs. 1 heisst, dass bei Fortsetzung eines unter Lebenden erworbenen Handelsgeschäftes unter der bisherigen Firma mit Einwilligung des bisherigen Inhabers die in dem Betriebe begründeten Forderungen den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen gelten. Die Uebertragung des kaufmännischen Namens von einem auf den anderen bringt die gesetzliche Fiktion zu Wege, dass der neue Firmenträger die (kaufmännische) Persönlichkeit des alten fortsetze. Diese Fiktion gilt nun

---

8) Kurz erwähnt sei noch der Fall des § 2019 Abs. 2. Ersteht der Erbschaftsbesitzer aus Erbschaftsmitteln eine Forderung, so erwirbt er sie ipso iure der Erbschaft. Doch kann der Schuldner rechtsgültige Handlungen dem Erbschaftsbesitzer gegenüber vornehmen, solange er noch nicht weiss, dass die Forderung zur Erbschaft gehört. Ein Gläubigerwechsel findet überhaupt nicht statt. Anders Steudinger, Kommentar zu § 2019 Note 3 Abs. 2 S. 235, Endemann Lehrbuch III § 122 Z. 2 b.) auf S. 549.

lediglich im Geschäftsverkehr mit Dritten, berührt aber nicht im Geringsten das Innenverhältnis des ersten und des zweiten Inhabers. Darum vollzieht sich nicht ein wahrer gesetzlicher Forderungsübergang.[9])

Die Fälle eines gesetzlichen Forderungsüberganges, denen wir im B. G. B. begegnen, sind nun nicht alle gleich geartet. Wir können unter ihnen zwei Gruppen verschiedenen Charakters wahrnehmen. Die eine enthält Fälle wahrer Singularsuccession: die Forderung macht einen Subjektwechsel durch ohne sich zu verändern.[10]) Es liegt hier wirklicher gesetzlicher Forderungsübergang vor. Anders steht es mit den Fällen der zweiten Gruppe, die man als Subrogationsfälle bezeichnen kann, da sie diesem Begriffe des französischen Rechtes entsprechen. In ihnen handelt es sich nämlich um den „Uebergang der Rechte eines Gläubigers, den ein Dritter für seine Ansprüche befriedigt hat, auf den befriedigenden Dritten kraft Gesetzes, und ungeachtet dessen, dass die Schuld in Ansehung des Gläubigers durch die Erfüllung getilgt erscheint.[11]) Das ist aber begrifflich ein Unding. Eine erloschene Forderung kann nicht mehr auf einen anderen übergehen. Darum darf man in den hierher gehörigen Fällen gesetzlichen Forderungsüberganges nicht eine wahre Uebertragung sehen, sondern nur aus praktischen Gründen gewährte Ersatzansprüche,[12]) die aber durch gesetzliche Fiktion als die erloschene Forderung des Gläubigers behandelt werden. Die Erkenntnis der richtigen Konstruktion darf aber nicht dazu verleiten, den gesetzgeberischen Gedanken ausser Acht zu lassen. Vielmehr muss in der rechtlichen Behandlung stets darauf gehalten werden, dass der Ersatzanspruch als die übergangene Forderung des befriedigten Gläubigers

9) So Staub zu H. G. B. § 25 Z. 2 b. Dernburg, Bürgerliches Recht II, 1. § 143 Anm. 6 S. 326. Anders Düringer und Hachenburg H. G. B. I S. 117.

10) Anders Stammler, a. a. O. S. 203.

11) Zachariae-Crome, französisches Civilrecht II S. 336.

12) Stammler a. a. O. S. 203.

genommen werde: es ist dies z. B. für die Verjährungsfrage sehr wichtig. Mit dem gesetzlichen Uebergange der Forderung (Erstehen des Ersatzanspruches) hebt nicht eine neue Verjährung an. Eigentümlich und stets wiederkehrend ist bei dieser Gruppe der Zusatz, dass der Uebergang der Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden dürfe. Dieser Zusatz hat an den verschiedenen Stellen, an denen wir auf ihn stossen, eine verschiedene Bedeutung und Tragweite. Jedoch lassen sich folgende allgemeine Sätze aus ihm ableiten:

1. Zunächst sagt er nichts anderes als das nemo subrogat contra se des französischen Rechtes (C. c. art. 1252). Ist der Gläubiger nur zu einem Teile befriedigt, so geht er mit dem Rest der ihm verbliebenen Forderung dem Subrogaten vor. Es wird also eine „gesetzliche Rangordnung für die Reihenfolge der Befreiung" statuiert.[13] Dabei darf jedoch nie vergessen werden, dass der Subrogat möglicher Weise einen Regressanspruch aus eigenem Recht hat, so dass er mit der Restforderung des Gläubigers, die diesem verblieben, in freie Konkurrenz treten kann. Das Verhältnis von Regress aus cessio legis und aus eigenem Rechte wird im Folgenden noch vielfach Gegenstand der Erörterung sein.

2. Sodann wird durch den Zusatz ausdrücklich bestätigt, dass der Cessionar den Gläubiger weder für Verität noch für Bonität in Anspruch nehmen könne.[14] Dies folgt allerdings schon unmittelbar aus dem abstrakten Charakter der Cession und dem Fehlen eines Kausalgeschäftes.

3. Endlich hat die Bestimmung für die formale Behandlung des Forderungsüberganges einige Bedeutung. Da nämlich nach § 412 auf die cessio legis die Sätze von der Abtretung (mit wenigen Ausnahmen) Anwendung finden, kann beispielsweise der neue Gläubiger

13) Stammler a. a. O. S. 205.
14) Stammler a. a. O.

nach § 402 Herausgabe der zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden verlangen. Hat nun der alte Gläubiger ein Interesse daran, diese für sich zurückzubehalten, etwa weil nur zum Teil die Forderung kraft Gesetzes auf den anderen übergegangen ist, so wird er sich auf den besagten Zusatz berufen können. Der Nachteil, gegen den der Gläubiger geschützt werden soll, braucht übrigens nicht notwendig auf dem Rechtsgebiete zu liegen.[15])

Das System nun, das wir der folgenden Darstellung zu Grunde legen werden, stellt sich so dar:

Erste Gruppe: Fälle wahren gesetzlichen Forderungsüberganges (§§ 12, 13, 14.)

Zweite Gruppe: Subrogationsfälle:

I. Subrogation im Falle der Tilgung einer eigenen Schuld (Gesamtschuldverhältnis. §§ 15, 16.)

II. Subrogation im Falle der Tilgung einer fremden Schuld, für die der Zahlende haftet. (Bürgschaft, Befriedigungsrecht des Eigentümers, gesetzliche Unterhaltspflicht, §§ 17, 18, 19.)

III. Subrogation im Falle der Tilgung einer fremden Schuld, für die der zahlende nicht haftet. (Lösungsrecht, § 20.

II. Buch.

Fälle wahren gesetzlichen Forderungsüberganges.

§ 12. Resolutivbedingung, dies ad quem.

Die Frage, um die es sich hier dreht, kann kurz so formuliert werden: A. cediert unter auflösender Bedingung eine Forderung an B. Tritt die in der Cession gesetzte Bedingung ein, vollzieht sich dann ein gesetzlicher Uebergang der Forderung von B. auf A.? Nach B. G. B. § 158 Abs. 2 wird man die Frage bejahen müssen,[1]) wird doch der eintretenden Bedingung vom

1) Ebenso Windscheid-Kipp II S, 339, Matthiass, Lehrbuch I § 58. III B. 2.

Gesetze dingliche Kraft beigemessen. Angesichts des § 161 könnte man jedoch schwankend werden. Dieser § stattet nämlich unter Umständen die Bedingung mit rückwirkender Kraft aus: wird unter einer Resolutivbedingung[2]) über einen Gegenstand verfügt, so verliert mit der Erfüllung der condicio eine Verfügung, die der bedingt Verpflichtete in der Schwebezeit trifft, ihre Wirksamkeit insoweit, als sie den bedingt Berechtigten benachteiligt. Also, wäre man geneigt zu schliessen, ist hier eine Rückziehung der Bedingung sanktioniert: und zwar auf den Moment der bedingten Verfügung, denn wie sollte man es sonst erklären, dass eine in der Schwebezeit erfolgende Verfügung ihre Wirksamkeit verliert? Mit anderen Worten: cediert A. dem B. die Forderung unter auflösender Bedingung und tritt die Bedingung ein, so gilt die Cession als überhaupt nicht erfolgt, cessio legis liegt demnach nicht vor. Dem ist aber nicht so: gewiss hat die eintretende Bedingung rückwirkende Kraft, nur findet nicht volle Rückziehung statt, das bedeutet, dass die in der Schwebezeit getroffene nachteilige Verfügung nicht rückwärts (ex tunc) unwirksam wird, sondern nur, dass sie jetzt (ex nunc) ihre Wirksamkeit einbüsst.[3]) Hat also B. weiter dem C. die Forderung abgetreten, so ist dies eine rechtsgültige Verfügung, und C. erhält rechtlich und thatsächlich die Forderung: er wird Gläubiger. Aber mit der Existenz der Bedingung hört er auf, es zu sein, ebenso wie es mit B. der Fall wäre, sofern dieser noch Forderungsberechtigt. Kraft Gesetzes vollzieht sich der Uebergang von ihm auf A.

Nicht anders liegt es, wenn unter Bestimmung eines Endtermines eine Abtretung erfolgt ist (§ 163 i. V. m. § 158 Abs. 2.)

2) Nur von dem Abs. 2 des citierten § wird hier gesprochen.

3) Vgl. auch Zitelmann, Recht des Bürgerl. Gesetzbuches I S. 127 unten, S. 128 oben. (s. u. d.)

§ 13. Stiftung.

Wenn das B. G. B. § 82 S. 2 die im Sitftungsgeschäft zugesicherten Rechte, die durch einfache Abtretung (§ 398) auf einen anderen übertragen werden können, mit der staatlichen Genehmigung der Stiftung ipso iure auf die neu entstandene juristische Person übergehen lässt, so macht es damit bewusst eine Ausnahme von der in dieser Lehre durchgeführten Auffassung.

Das Stiftungsgeschäft wird als ein Kreationsakt, gerichtet auf die Schaffung eines neuen Rechtssubjektes durch Vermögenswidmung,[1] konstruiert: somit baut es sich auf zwei Elementen, dem persönlichen und dem vermögensrechtlichen, auf; die Erteilung der staatlichen Genehmigung hat dementsprechend einen zweifachen Erfolg: einmal entsteht mit ihr die Stiftung als juristische Person, sodann die Verpflichtung des Stifters, das im Stiftungsgeschäft zugesicherte Vermögen auf die Stiftung zu übertragen (§ 82 S. 1). Diese Verpflichtung beruht auf einseitigem Rechtsgeschäft; sähe man etwa in dem vermögensrechtlichen Teile des Stiftungsgeschäftes eine Vertragsofferte, die durch staatliche Genehmigung angenommen würde, bedürfte es nicht einer Bestimmung wie der des Satzes 2 im § 82, denn in dem vollendeten Vertrage wäre auch der abstrakte Vertrag der Abtretung mitenthalten, da allen seinen Erfordernissen genügt wäre. Durch die besondere Hervorhebung des gesetzlichen Ueberganges der cedierbaren Forderungen aber erfahren wir einerseits, wie das Stiftungsgeschäft zutreffend zu konstruieren ist, andererseits, dass dieser Uebergang eben ein wahrer Fall der cessio legis ist. Die Genehmigung nun, die den Uebergang ins Werk setzt, ist nicht nachträgliche Zustimmung im privatrechtlichen Sinne des § 184, sondern staatliche Verleihung.[2] Darum findet im Normalfalle eine Rückziehung nicht statt. Eine Ausnahme enthält jedoch der § 84.

---

1) Zitelmann a. a. O. S. 71.
2) Zitelmann a. a. O. S. 71.

Es kann zweifelhaft sein, ob er auch auf Stiftungen unter Lebenden sich beziehen soll. Aus der Geschichte dieser Bestimmung, der occasio legis,[3]) ergäbe sich eine beschränkte Anwendung auf Stiftungen von Todeswegen. Auch die Stellung des § hinter dem § 83, der vom Stiftungsgeschäft mortis causa handelt, könnte hierfür sprechen. Allein das sind nur äusserliche Gründe. Erwägt man, dass, wer eine Stiftung noch zu seinen Lebzeiten gründen will, zweifellos einen früheren Zeitpunkt für ihr Entstehen im Auge hat, als wenn er im letzten Willen einen Vermögenskomplex einem bestimmten Zwecke widmet, so erscheint es unlogisch und unbillig, will man die Entstehung in dem ersten Falle später vor sich gehen lassen als in dem zweiten: insbesondere, wenn man auf den unter Umständen erheblichen wirtschaftlichen Vorteil rücksichtigt, den der frühere Forderungsübergang, zumal bei einer verzinslichen Forderung, im Gefolge hat. Hat gar der Stifter selbst noch den Antrag bei der zuständigen Behörde gestellt, so schwindet jedes Bedenken.[4]) Aber auch, wenn der Erblasser keine Schritte gethan, die Genehmigung einzuholen, braucht man nicht anzustehen, den § 84 für anwendbar zu erklären. Findet schon der Satz latius sumitur voluntas testatoris im Gesetze ausdrückliche Anerkennung, wieviel mehr Anlass, eine Stiftung zu Lebzeiten, die i. A. in weit höherem Masse altruistische Zwecke verfolgt als letztwillige Zuwendungen, die den Spender nicht ärmer machen, möglicht günstig zu behandeln?! Bedenklich ist es, die Rückziehung mit der Analogie des § 184 zu begründen.[5]) Jedenfalls aber

3) „Staedelscher Fall."

4) Dafür Zitelmann a. a. O. S. 73. Planck, Kommentar zu § 84 Anm. 2, Kuhlenbeck, von den Pandekten u. s. w. I S. 254 § 9 Anm. 2. Nur bei Stiftung von Todeswegen wird § 84 herangezogen von Cosack, Lehrbuch II § 371. V. 2. Endemann a. a. O. I § 49. II. b, Matthiass, a. a. O. I § 34. I. A. 2. c.

5) Planck zu § 84 Anm. 2. S. 122.

muss es abgelehnt werden, aus derselben zu deduzieren, dass Verfügungen des Erben über die fragliche Forderung durch die Rückziehung nicht unwirksam werden dürfen. Der § 184 Abs. 2 spricht von Verfügungen, die der Genehmigende in eigener Person vor erteilter Genehmigung getroffen; kann nun der Erbe in unserem Falle mit dem Genehmigenden des § 184 verglichen werden? Nein, denn der Verfügende (der Erbe) und der Genehmigende (die zuständige Behörde) sind ja verschiedene Personen. Wollte man sich selbst dazu verstehen, den § 184 Abs. 2 in freier Anwendung hier eingreifen zu lassen, weil der Erbe gewissermassen als der Genehmigende erscheint,[6]) ist es dann nicht wieder ein Postulat der Billigkeit und Logik, zu unterscheiden, ob die eventuell betroffene Verfügung vor gestelltem Antrage oder nach demselben erfolgt ist? Es ist daher richtig und angemessen, dass Forderungen stets mit dem Moment des Todes des Stifters auf die Stiftung übergehen, auch wenn dieselbe erst später genehmigt wird.

§. 14. Gesetzlicher Forderungsübergang im ehelichen Güterrecht.

B. G. B. § 1438 trifft die Bestimmung, dass unmittelbar mit Begründung der allgemeinen Gütergemeinschaft die bis dahin gesonderten Vermögensmassen der Gatten zu einem neuen Komplex, dem Gesammtgut, sich vereinigen. Dies hat für Sachen wie Rechte die Bedeutung, dass sie ohne weiteres d. h. ohne rechtsgeschäftliche Uebertragung gemeinschaftlich werden. Hier also begegnen wir einem Falle wahren gesetzlichen Forderungsüberganges: eine bis dahin dem einen Teil zustehende Forderung geht durch cessio legis in das Gesammtgut über. Dies musste ausdrücklich hervorgehoben werden, es ergab sich nicht ipso iure aus dem Begründungsakt, denn der Ehevertrag (§ 1432) ist auf

6) **Weil es in seinem Belieben steht, den Antrag auf Genehmigung zu stellen, und weil er ein Widerrufsrecht hat.**

Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse gerichtet und bewährt als solcher nicht die Kraft, die Forderung zu übertragen. Er enthält nicht zugleich die Abtretung der Forderung seitens des einen oder anderen Teils an das Gesammtgut, da dies nicht sein Zweck und Inhalt ist. Die Abtretung nun wird durch positive Bestimmung für überflüssig erklärt. Für den Uebergang dinglicher Rechte ordnet Abs. 3 des § 1438 dann noch an, dass jeder Ehegatte von dem anderen die zur Berichtigung des Grundbuches erforderliche Mitwirkung verlangen kann. Auch auf Erwerb, den Mann oder Frau nach begründeter allgemeiner Gütergemeinschaft machen, findet die Bestimmung des § 1438 Abs. 2 Anwendung. Hier ist jedoch die rechtliche Konstruktion nicht ohne Schwierigkeit. Es liegt nämlich nicht fern, an sogenannte stille Stellvertretung zu denken: danach würde der erwerbende Gatte überhaupt nicht Gläubiger werden, sondern die erworbene Forderung sofort dem Gesammtgut angehören. Ich glaube jedoch nicht, dass dies des Gesetzes Auffassung ist. Zwar können wir aus § 1438 selbst keinerlei Schlüsse in dieser Hinsicht ziehen. Denn der Abs. 2 des § 1438 soll beide Fälle decken: den ersten, wo die Forderung mit dem Ehevertrag in das Gesammtgut fällt, und den zweiten, wo sie später dem Gesammtgute erworben wird. Hält man aber den § 1438 Abs. 2 mit § 1519 (Errungenschaftsgemeinschaft) zusammen, der nur von „während" der Errungenschaftsgemeinschaft gemachtem entgeltlichen (vgl. § 1521) Erwerbe handelt, dann erkennt man die Denkform des Gesetzes: der Erwerbende wird zunächst Gläubiger; im Moment aber, in dem die Cession an ihn erfolgt, vollzieht sich der gesetzliche Uebergang der Forderung von ihm auf das Gesamtgut. Die praktische Bedeutung dieser Konstruktion bedarf keiner Erläuterung. Vornehmlich wird sie dem Interesse des Forderungsschuldners (vgl. §§ 406 ff. 412) dienen. Analoge Fälle, wie der soeben ausgeführte, bieten die §§ 1485 (fortgesetzte Gütergemeinschaft), 1549 (Fahrnissgemeinschaft).

III. Buch.

Subrogationsfälle.

I. Subrogation im Falle der Tilgung einer eigenen Schuld (Gesamtschuldverhältnis).

§ 15. 1. Geschichtliche Skizze.

Für das römische und gemeine Recht war es eine offene Frage, ob dem zahlenden Gesamtschuldner ein Rückgriffsrecht gegen seine Mitschuldner zustehe.

Savigny[1]) nahm hier wieder zur cessio legis seine Zuflucht. Indem er dem Zahlenden das beneficium cedendarum actionum (exceptio doli) zuerkannte, sah er kraft fingierter Cession im Moment der Zahlung die Klage des befriedigten Gläubigers auf den Befriediger übergehen. Die Gewährung der Rechtswohltat wie die Theorie von der cessio legis: beides war gleich unrichtig. Aus dem Gesamtschuldverhältnis als solchem ist ein Regress nicht zu entnehmen,[2]) doch wird die besondere Beziehung der Schuldner zu einander häufig den Rückgriff begründen oder doch die a. neg. gest. contraria oder condictio sine causa der Schadloshaltung des Schuldners dienen können. Einen aus der Gesamthaftung sich ergebenden ausnahmsweisen Regress nahm Mühlenbruch[3]) für den Vormund an, der die Schuld des insolventen Mitvormundes hatte begleichen müssen, und konstruierte ihn als Fall wahrer cessio legis. Mit Recht hat man sich gegen diese Auffassung erklärt.[4]) In der l. 3. § 13 D. de tut. et rat. distrah. et utili curat. causa actione 27,3 heisst es:[5]) Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex communi gestu nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est a divo Pio et ab imperatore nostro et

1) Savigny a. a. O. I S. 243.
2) Vgl. fr. 62 pr. ad leg. Falc. 35,2.
3) Mühlenbruch a. a. O. S. 474.
4) Windscheid, Pandekten: Vorletzte Auflage (!) § 443 Anm. 16 S. 611.
5) Vgl. l. 2. C. de contr. iudic. 5,58.

divo patre eius utilem actionem tutori adversus contutorem dandam. Es liegt hier nahe, an cessio legis zu denken. Wenn aber Modestin[6] ausdrücklich ein dem tutor nach erfolgter Zahlung erteiltes mandatum ad agendum für unwirksam erklärt, weil die Rechte des Mündels gegen den anderen Vormund bereits erloschen seien, so widerspricht das unleugbar der Auffassung eines unmittelbar im Moment der Schuldtilgung vor sich gehenden gesetzlichen Forderungsüberganges, der Auffassung also, dass die actio utilis der l. 3. § 13, D. 27,3 die durch cessio legis erworbene Klage des Mündels sei. Es bleibt kaum eine Möglichkeit, diese a. u. anders, denn als die neg. gest. actio zu verstehen. Allerdings ist diese Erklärung nicht ganz befriedigend. Denn es ist nicht recht ersichtlich, weshalb Ulpian, von dem die l. 3. D. 27,3 herrührt, sich auf die Klaggewährung dreier Kaiser beruft, wo doch die Konstruktion der neg. gestio sich fast von selbst darbietet. Vielleicht glaubte Ulpian, dies betonen zu müssen, weil der zahlende Vormund nicht freiwillig, sondern unter „dem Drucke der Notwendigkeit" (aliqua necessitate urguente. fr. 3 § 10 de neg. gest. 3,5) handelte. Die praktische Bedeutung der Frage nach den Charakter der a. u. mag mit dem Hinweise auf den Übergang accessorischer Rechte im Falle der cessio legis genügend beleuchtet sein.

In anderen Anschauungen als das römische bewegte sich das deutsche Recht. Hier standen die Gesamtschuldner mit einander in einem engeren Verbande: das gemeinsame Versprechen, das unter feierlicher Form abgegeben wird, begründet zwischen den Gelobenden ein sogenanntes Gesamthandverhältnis.[7] Zahlt nun der eine das Ganze, so steht es ihm zu, sich „mit seinen Mithaften zu benehmen."[8] Vgl. Ssp. III, art. 85 § 1.,

6) Fr. 76. de sol. et lib. 46,3.

7) Von der deliktischen Gesamtschuld des deutschen Rechtes wird hier nicht gesprochen.

8) Heusler. Institutionen II S. 260.

insbesondere die in der Homeyerschen Ausgabe in der Note zur citierten Stelle angegebene Glosse, ferner Hallische Schöffenbücher S. 404 No. 402, wo der Grundsatz klar ausgesprochan wird. Das Recht des Schuldners nun, pro rata die Mitschuldner in Anspruch zu nehmen entsteht zweifellos aus der Gemeinschaft und ist nicht etwa das Forderungsrecht des Gläubigers, das kraft Gesetzes dem zahlenden Schuldner zugefallen wäre. Diese Rechtsgestaltung, verbunden mit der zu Grunde liegenden Idee, ist in moderne Kodifikationen eingedrungen: so in das A. L. R. I, 5 § 436 § 447[9]) in den C. c. art. 1213, 1216, 1214 § 2.[10]) Das B. G. B. bringt in der Regresslehre eine Neuerung: es kennt ausser dem Rückgriff, wie er sich im älteren deutschen Rechte herausgebildet hat, noch einen gesetzlichen Übergang der getilgten Forderung auf den zahlenden Gesamtschuldner.

§ 16. Fortsetzung: 2. Bürgerliches Gesetzbuch.

In dem zweiten Absatz des § 426 trifft das B. G. B. folgende Bestimmung: „Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden.“ Der hier begründete gesetzliche Forderungsübergang ist ein relativer; das will sagen: er tritt nicht ipso iure mit dem verwirklichten Thatbestande, der erfolgten Befriedigung des Gläubigers, ein, sondern er richtet sich weiter nach dem Vorhandensein und Umfange eines Ausgleichungsanspruches; und dieser ergiebt sich, wie im altdeutschen Rechte, aus der genossenschaftlichen Natur der Korrealität. So ruht auch diese Subrogation auf den Säulen des

9) Näheres bei Förster-Eccius. Preussisches Privatrecht I § 63 S. 367.

10) Siehe Zachariae-Crome a. a. O. II § 278 S. 236.

Gesamtschuldverhältnisses; der communis manus. Eine Untersuchung des gesetzlichen Forderungsüberganges muss somit notwendig auf der Darstellung der beiden Voraussetzungen, an die das Gesetz der Übertragung knüpft, fussen.

1. Der Ausgleichungsanspruch. Unmittelbar mit der Entstehung der Gesamtschuld tritt auch die gesamte Hand ins Leben: ein Personenverband sui generis, dessen Mitglieder zu einander in quasikontraktlichen Wechselbeziehungen stehen. Hieraus erwächst zunächst der Anspruch des einzelnen Schuldners, von dem anderen Mitwirkung zu rechtzeitiger gemeinsamer Schuldtilgung zu heischen. Zahlt einer der correi die Schuld an den Gläubiger, so kann er weiter Ersatz von den übrigen verlangen. Im Innenverhältnisse der Schuldner zu einander gilt aber nicht Solidarität, sondern anteilige Haftung: die Anteile sind gleich gross, jedoch können entweder ex lege[1]) oder ex contractu andere Grössenverhältnisse sich ergeben. Bedeutsam für den gesetzlichen Forderungsübergang ist es nun, ob der Mitwirkungs- und der Ausgleichungsanspruch als derselbe oder zwei verschiedene zu betrachten sind. Sicherlich handelt es sich hier nur um einen Anspruch, dessen Nativität mit der Fälligkeit der Gesamtschuld gegeben ist. Es besteht zwischen den Mithaftenden seit dem Moment der (sei es gesetzlichen sei es vertragsmässigen) Begründung der Gesamtschuld ein bindendes Rechtsverhältnis: doch erst mit der Fälligkeit der Korrealschuld erwächst der verjährbare Anspruch des Einzelnen auf Mitwirkung zur Schuldbegleichung. Mit der Tilgung der Schuld seitens eines der Verhafteten verwandelt sich der erwähnte Anspruch in den Regressanspruch, ohne dass eine neue Verjährung jetzt anhöbe. Darin liegt eine wichtige Erkenntnis für den gesetzliehen Forderungsübergang des § 426 Abs. 2. Ein Beispiel: A., B., C. sind Gesamtschuldner des D. Die

1) Z. B. § 1833 Abs. 2. S. 2. § 480 Abs. 2. i. V. m. § 831, 832, 829 u. s. w.

Forderung des D., am 1. Januar 1900 eingegangen, wird am 1. Januar 1901 fällig. Nun beginnt der Lauf der Verjährung und zwar sowohl der Ansprüche des D. gegen A., B., C. wie der von A., B., C. gegen einander. A. u. B. schliessen mit D. einen Stundungsvertrag; die Verjährung der Ansprüche des D. gegen sie ist während der Stundungszeit gehemmt (§ 202), während die Verjährung des Anspruches von D. gegen C. unberührt davon weiter läuft (§ 425 Abs. 2). Nach Vollendung der Verjährung zahlt C. an D. die Gesamtschuld. Hat er nun aus dem Gesamtverhältnis ein Rückgriffsrecht gegen A. und B. auf je ein Drittel? Gewiss, nur hat dieses Recht seine Reaktionsfähigkeit eingebüsst; der Anspruch gegen A. und B. ist verjährt: die Verjährung hatte am 1. Januar 1901, dem Tage der Fälligkeit der Forderung, den Anfang genommen, mithin sich gleichzeitig mit der Verjährung des Anspruches des D. gegen C. vollendet. Die Ansprüche des D. gegen A. und B. sind aber noch nicht verjährt. Befriedigt C. den D., so gehen diese Ansprüche des D. auf ihn über, und es fragt sich, ob C. jetzt in der Lage ist, den gesetzlichen Übergang der Forderungsrechte geltend zu machen: d. h. ob A. und B. mit der Einrede der Verjährung, die ihnen gegenüber dem Gesamthandregress des C. zusteht, auch das kraft Gesetzes übergegangene Forderungsrecht des Gläubigers zurückweisen können. Aus dem Gesetze, wo es heisst: „soweit ein Gesammtschuldner . . . . von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann", könnte man vielleicht schliessen: ist durch die Verjährung die dem Ausgleichungsanspruche innewohnende Zwangsmacht gelähmt, so sind die Voraussetzungen des § 426 Abs. 2 nicht erfüllt. Im Gegenteil: die cessio legis des § 426 hat die Bedeutung einer Regressverstärkung, und aus dieser Erwägung heraus wird man in unserem Falle dem C. nicht die Einrede der Verjährung entgegensetzen können, vielmehr wird man sagen: der erwähnte Satz des § 426 Abs. 2 bedeutet hier nur, dass ein gesetzlicher Übergang stattfindet in dem Umfange, in dem ein Regressanspruch begründet ist; ob dieser

verjährt ist, ist unerheblich, denn ein Anspruch, dem die Einrede der Verjährung entgegengesetzt werden kann, hört doch darum nicht auf, ein Anspruch zu sein. Weiter können A. und B. nicht dem C. fahrlässiges Handeln zum Vorwurf machen, weil er die verjährte Schuld bezahlt hat, denn C. genügte damit nur seiner rechtlichen Verpflichtung, und, wenn er die Einrede der Verjährung nicht gebraucht, so darf darin durchaus nicht ein Verschulden gesehen werden, unbeschadet der Möglichkeit, dass sich dahinter ein chikanöses Handeln verbirgt. Sodann bezahlte C. ja eine Schuld, die zu begleichen A. und B. verpflichtet waren, und gegen die sie keinerlei Einrede besassen. Endlich: wenn A. und B. zusammen die ganze Schuld hätten zahlen müssen, so würden sie gegen C. weder einen Gesamthandregress nehmen noch sich auf den gesetzlichen Forderungsübergang berufen können, da auch die übergegangene Forderung gegen C. mit der Verjährungseinrede behaftet ist. Also würden sie jeder zu ½ die Schuld auf sich nehmen müssen, während sie bei Zahlung seitens des C. nur je zu ⅓ in Anspruch genommen werden. Damit sind wir zu der Erkenntnis gelangt, dass der gesetzliche Forderungsübergang in seinem Verhältnisse zum Gesamthandregress sich in zweifacher Richtung wirksam zeigt: einmal, indem er den vorhandenen Regress verstärkt, zweitens indem er den fehlenden ersetzt. Die Verstärkung zeigt sich in dem Übergange accessorischer Rechte auf den Regressnehmer (§ 401); den Regressersatz hatte das durchgeführte Beispiel zum Gegenstand. Will man danach die juristische Natur dieses gesetzlichen Forderungsüberganges konstruieren, so muss er als ein selbstständiger zweiter Anspruch des Gesamtschuldners, bezeichnet werden, der mit der Gläuberbefriedigung entsteht, vom Gesetze jedoch kraft Fiktion in konsequenter Durchführung als der übergegangene Anspruch des befriedigten Gläubigers behandelt wird. Die Selbstständigkeit dieses Anspruches ist aber nur eine relative: der Anspruch entsteht in den Grössenverhältnissen des Gesamthandregresses;

Einreden, die diesem entgegengesetzt werden können, haften auch dem übergegangenen Anspruche an: die Einrede der Verjährung jedoch nicht: hierin zeigt sich eben seine Selbstständigkeit.

2. Wir gelangen jetzt zu der zweiten Voraussetzung der Subrogation: der Befriedigung des Gläubigers. Unter Befriedigung fällt die vertragsmässige Erfüllung der Schuld, ihre Surrogate, d. h. Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Aufrechnung. Bei vertragsmässiger Erfüllung ist zu erwägen, ob Leistung einer Rate seitens eines Gesammtschuldners bereits gesetzlichen Uebergang bewirkt, wenn diese Leistung die Höhe des Anteils nicht übersteigt, den der correus im Innenverhältnisse zu tragen hat. Im Sinne des Gesetzes nun erscheinen diese Anteile nicht als feste Grössen, sondern als Proportionon: sind z. B. A. B. zu je $^1/_5$, C. zu $^3/_5$ verpflichtet und beläuft sich die Schuldsumme auf 1500, so bedeutet das nicht, dass nun A. und B. je 300, C. 900 zu zahlen hätte. Ob thatsächlich diese Grössen massgebend sein werden, ist eine Frage der Zukunft, denn, wenn C. 1500 zahlt und nun gegen A. und B. seinen Regress nehmen will, B. aber z. B. insolvent ist, so wird die Schuld sich unter A. und C. im Verhältnisse von 1 zu 3 teilen, sodass A. 375, C. 1125 zu tragen hat. Aus der Auffassung der Anteile als beweglicher Grössen resultiert dann, dass ein Regressanspruch und damit der gesetzliche Uebergang bereits im Augenblicke einer noch so kleinen Teilzahlung ins Leben tritt (anders Oertmann). Befriedigt ein Schuldner durch Hingabe an Zahlungstatt den Gläubiger, so wird es fraglich sein, ob der objektive Wert des hingegebenen Gegenstandes oder die Höhe der durch datio in solutum getilgten Forderung in Anschlag zu bringen ist. Beide Gesichtspunkte sind bei dem gesetzlichen Uebergange zu beachten. Erzielt der Schuldner C. durch Hingabe einer geringwertigen Sache, an der der Gläubiger aber ein Affektionsinteresse nimmt, Befriedigung, so kommt nur der objektive Wert in Betracht (so auch die herrschende Meinung): aus der

gesamten Hand ergiebt sich die Verpflichtung zur Ausgleichung nach beweglichen Anteilen, nicht aber der Zahlung unverrückbar festgesetzter Summen. So kann C. nur verhältnismässigen Ersatz des wahren Wertes der Sache von seinen Mitschuldner A. und B. verlangen: das nur entspricht den Grundsätzen der gesamten Hand. Wie aber, wenn C. einen Gegenstand von weit höherem Werte dem Gläubiger D. hingegeben hat, als dessen Forderung besass? A., B., C. schulden dem D. 1500. C. von D. zur Bezahlung der Schuld angehalten, weiss sich keinen anderen Ausweg, als dem D. eine Sache im Werte von 3000 zu geben, haben doch A. und B. auf Anfrage seinerseits ihm geantwortet, sie seien ebenfalls insolvent. Verkaufen kann er die Sache nicht, weil er nicht so schnell am Orte einen Käufer einer so kostbaren Sache findet, und auf einen Prozess will er es nicht ankommmen lassen, denn als öffentlicher Beamter würde er sich dadurch unmöglich machen. Wie ist es nun mit dem Regress des C. gegen die Mitschuldner A. und B. bestellt? Das Verhältnis der anteiligen Verpflichtung soll für A. und B. je $^2/_5$ betragen, dann wird m. E. der nur zu $^1/_5$ verpflichte C. auf Grund der communis manus von A. wie von B. Ersatz des objektiven Wertes der hingegebenen Sache verlangen dürfen: also von A. und B. je 1200. Will man den Mitschuldnern nur die Vorteile einer datio in solutum zu Gute kommen, auf der anderen Seite die dadurch erwachsenden Schäden, aber nicht sie mittragen lassen (so die herrschende Meinung), so setzt man sich mit solcher Regelung in Widerspruch zu den einfachsten Forderungen der Logik und Billigkeit; denn nichts scheint mir klarer, als dass, wer den guten Tropfen geniesst, auch den bösen geniessen muss.

Dass der gesetzliche Forderungsübergang, der sich von B. auf C. vollzieht, hier nicht sich nach dem Regress richten kann, liegt offen zu Tage; denn wie kann eine Forderung, die nur 1500 beträgt, sich in zwei Forderungen von 1200 verwandeln? Vielmehr muss hier die

Höhe der befriedigten Forderung, also gegenüber A. und B. die Forderung von je 600, massgebend sein. Daraus gewinnen wir das Prinzip: wird eine Sache an Zahlungsstatt hingegeben, so geht die Forderung des Gläubigers auf den befriedigenden Schuldner kraft Gesetzes über in Form von Teilforderungen gegen die Mithaftenden und bemisst sich die Höhe dieser Teilforderungen bald nach dem objektiven Wert der hingegebenen Sache, wenn dieser geringer als die Höhe der befriedigten Forderung, bald nach dieser, wenn die Sache hochwertiger ist. Nur noch ein Bedenken: sollte vielleicht die Forderung des Gläubigers in ganzer Höhe als Solidarobligation auf C. übergehen? [Hruza] Auch das führte nicht zum Ziel, denn jetzt ginge der gesetzliche Regress auf nur 1500, während der gesammthänderische ein doppelter auf je 1200 ist. Was aber mehr gilt: es ist eine logische Unmöglichkeit, die auch aus dem Gesetze sich nicht begründen lässt.

3. Damit sind wir auf den letzten Punkt gekommen, der noch zu würdigen ist, ob die kraft Gesetzes übergegangene Forderung ihren alten Character bewahrt d. h. eine Solidarobligatien bleibt (Hruza) oder ihr altes Gewand mit einem neuen vertauscht. Vergegenwärtige man sich zuerst einmal, wozu die Annahme einer Solidarobligation führte! Man gelangte nämlich auf diese Weise zu einer endlosen Kette von Regressen. Wenn der Gesammtschuldner den Gläubiger Y befriedigt, so geht danach die Forderung des Y auf ihn in Höhe des überzahlten Betrages über. Das lässt sich aber mit dem Gesetz nicht vereinen: das Gesetz, das den Forderungsübergang zu einem Ausgleichungsanspruch gegen die übrigen Mithaftenden in Beziehung bringt und diesen Anspruch als einfache Forderungen gegen die einzelnen nach Massgabe der Anteile konstruiert, würde sich in einen inneren Widerspruch verwickeln, wollte es die übergangene Forderung weiter als Solidarobligation gelten lassen, die in sich die Gesammtheit jener einzelnen Ausgleichungsansprüche vereinigte.

II. Subrogation im Falle der Tilgung einer fremden Schuld, für die der Zahlende haftet.

§ 17. Bürgschaft.

Im römischen Rechte gewährte man dem Bürgen das beneficium cedendarum actionum. Dies berechtigte ihn, solange dem Gläubiger die Zahlung der Schuld abzuschlagen, bis dieser sich bereit fand, ihm die Klagen gegen den Hauptschuldner abzutreten:[1] es wurde also einredeweise geltend gemacht. Einer Einrede bedarf es hingegen nicht nach den modernen Gesetzgebungen, die mit Zahlung der Schuld kraft Gesetzes die Forderung gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen übergehen lassen. (Oesterr. G.-B. 1358; C. c. 2029; A. L. R. I, 14, §§ 338 ff.) Ihren Standpunkt hat sich das B. G. B. § 774 zu eigen gemacht.

Die Subrogation nun des § 774 zeigt ein anderes Bild als der verwandte gesetzliche Forderungsübergang im Falle der Gesamtschuld. Dies entspricht durchaus der rechtlichen Gestaltung beider Institute. Nach dem Rechte des B. G. B. stellen Gesamtschuld und Bürgschaft Schuldnermehrheiten mit Vollhaftung dar, bei jener jedoch ist die Haftung eine primäre, bei dieser eine subsidiäre (exceptio excussionis).[2] Das findet wieder in der Selbstständigkeit der einfachen Gesamtschuld einerseits und in der accessorischen Natur der Bürgschaft, die man als Haftung für fremde Schuld auffassen kann, andererseits seine natürliche Erklärung. Für den gesetzlichen Forderungsübergang folgt aber daraus: der Gesamtschuldner, der das Ganze bezahlt, tilgt seine eigene Schuld: cessio legis findet nur statt, soweit er einen Ausgleichungsanspruch besitzt; im Prinzip wirkt also hier der Uebergang klagverstärkend. Im Prozess hat der Kläger ausser der Gläubigerbefriedigung zu beweisen, dass ihm ein Ausgleichungsanspruch zusteht (i. A. wird er den Beweis

1) Fr. 36 de fidei. 46,1.

2) Stobbe-Lehmann, deutsches Privatrecht III S. 199.

durch Bezugnahme auf das Gesamtschuldverhältnis führen.) Der Bürge hingegen tilgt eine fremde Schuld: das ist die Auffassung des Gesetzes (§ 765).[3] Daher genügt es für ihn, wenn er sich im Prozesse auf die erfolgte Zahlung und seine Eigenschaft als Bürge beruft, um den gesetzlichen Forderungsübergang zu beweisen. Die cessio legis bei der Bürgschaft ist ein absoluter Fall: sie ist unabhängig von dem Bestehen eines Ausgleichungsanspruches: sie ist nicht klagverstärkend, sondern klagverschaffend. Das ist jedoch nur das Princip, das wieder Einschränkungen erfährt. Es bleiben nämlich Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse unberührt. So wird der Schuldner z. B. einen Verzicht des Bürgen auf Rückgriff (ganz oder zum Teil) dem klagenden Bürgen entgegen halten können.[4] Es handelt sich also nicht darum, dem Bürgen unter allen Umständen durch Forderungsübergang einen Regress zu vermitteln.[5]

§ 18. Befriedigungsrecht des Eigentümers.

Bürgschaft und Pfandrecht dienen denselben wirtschaftlichen Zwecken und haben entsprechend eine ähnliche rechtliche Struktur aufzuweisen. Vor allem ist es die Accessorietät, die sie mit einander teilen, wenn auch im Hypothekenrecht vielfach dieser Charakter unkenntlich wird, verschwindet. Aus der Accessorietät des Pfandrechts entspringt nun das sogenannte Befriedigungsrecht des Eigentümers (§§ 1143, 1225, 1226).[1]

3) Planck zu § 774 No. 1 meint, der Bürge befriedige den Gläubiger, um seine eigene Verpflichtung zu erfüllen, nicht um den Hauptschuldner von seiner Verpflichtung zu befreien. Das ist gewiss richtig. Objektiv aber tilgt er eine fremde Schuld und erfüllt damit eine eigene Verpflichtung.

4) Dernburg, Bürgerliches Recht II, 2. S. 356.

5) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse zu § 774 No. 4 S. 501.

1) Wir berücksichtigen hier nur den Fall des § 1143. Die anderen Fälle sind analog zu behandeln.

Sind nämlich der persönliche und der dingliche Schuldner nicht mehr dieselbe Person, und befriedigt (nach § 1142) der Eigentümer des verhafteten Grundstücks den Gläubiger, dann geht die Forderung und die Hypothek kraft Gesetzes auf ihn über: er erhält eine sog. Hypothek des Eigenthümers (forderungsbekleidete Hypothek, § 1177 Abs. 2). Da § 774 Abs. 1 entsprechende Anwendung finden soll, so kann jedoch der persönliche Schuldner Einwendungen aus einem zwischen ihm und dem Grundstückseigentümer bestehenden Rechtsverhältnisse diesem gegenüber herleiten, z. B. aus einem nicht genehmigten Schuldübernahmevertrage. Teilbefriedigung des Gläubigers bewirkt auch nur Teilübergang der Forderung und Hypothek. Die dem Gläubiger verbleibende Teilforderung wie Teilhypothek geht der gesetzlich übergegangenen vor.

§ 19. Gesetzliche Unterhaltungspflicht.

Ähnliche Verhältnisse, wie wir sie in den beiden vorigen §§ kennen gelernt haben, können auch im Gebiete des Familienrechtes hervortreten. Die rechtlich erhebliche Thatsache der Verwandtschaft mit einer bedürftigen Person begründet für gewisse Verwandte die Verpflichtung, dieser Alimente zu gewähren. Das Gesetz hat nun eine genaue Reihenfolge unter den Verwandten hinsichtlich ihrer Verpflichtung getroffen (§ 1606). Ist der primo loco Alimentationsverpflichtete durch das beneficium competentiae (§ 1603) der Inanspruchnahme durch den Bedürftigen entzogen, so hat der folgende den Unterhalt zu gewähren (§ 1607 Abs. 1). Darin liegt aber nicht Haftung für fremde Schuld, sondern Begleichung der aus der Verwandschaft sich ergebenden Verbindlichkeit.[1] Darum findet auch ein gesetzlicher Übergang der Forderung des Alimentationsberechtigten gegen den zunächst Verpflichteten auf den Zahler nicht statt, denn eine solche existiert gar nicht: der

1) Planck zu § 1607 Note 2, S. 362.

prima loco Stehende ist ja nicht unterhaltspflichtig (§ 1603). Aus demselben Grunde ist auch die a. neg. gest. contraria (§ 679, § 683 S. 2) nicht gegeben. Eine bürgschaftsähnliche Behandlung tritt aber nicht ein, wenn der an zweiter Stelle Verpflichtete die Alimente entrichtet, weil die Rechtsverfolgung gegen den zunächst verpflichteten Verwandten im Inlande ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist. Hier vollzieht sich durch cessio legis der Übergang der Forderung des Alimentationsberechtigten gegen jenen Ersten auf den zahlenden Zweiten. Daneben steht dem Zahler vielfach die Klage aus der Geschäftsführung ohne Auftrag zu. Zu beachten ist dabei, dass er, um sich dieser Klage zu bedienen, mit dem animus recipiendi die fremden Geschäfte besorgt haben muss (§ 685 Abs. 1). Wenn der Geschäftsführer ohne diese Absicht thätig wurde, so bleibt nichts anderes übrig, als animus donandi anzunehmen.[2] Hier gerade zeigt sich die grosse Bedeutung der Subrogation, in sofern als sie das objektive Moment der Zahlung allein entscheiden lässt, ohne der bei der Zahlung obwaltenden inneren Absicht irgend welche Bedeutung beizumessen.[3]

Analog diesem Falle zu behandeln ist der gesetzliche Forderungsübergang des § 1709.

§ 20. III. Subrogation im Falle der Tilgung einer fremden Schuld, für die der Zahlende nicht haftet. (Lösungsrecht).

Das B. G. B. § 267 und A. L. R. I. 16 § 40 ff[1] stimmen darin überein, dass i. A. jedermann befugt ist, eine fremde Schuld zu begleichen. Während aber das A. L. R. I. 16 § 46[2] ipso iure mit der Zahlung die Forderung auf den Zahlenden übergehen liess, tritt diese Folge nach B. G. B. nicht ein. Eine Ausnahme hiervon

2) Oertmann zu § 685 Note 2. S. 422.
3) Vgl. Knitschky, Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern S. 120 § 8 Anm. 2.

1) Dernburg. Preussisches Privatrecht II S. 230 f.
2) Dernburg a. a. O. II § 82 Anm. 12 S. 196.

bildet das sog. Lösungsrecht, nach welchem unter gewissen Voraussetzungen ein Dritter durch Tilgung einer fremden Schuld kraft Gesetzes die Forderung des befriedigten Gläubigers erhält (§§ 268, 1150, 1249).

1. Person des Zahlers.

Damit ein gesetzlicher Übergang stattfinde, bedarf es einer besonderen Rechtfertigung, eines inneren Grundes. Der Dritte, der die fremde Schuld bezahlt, muss dies im eigenen Interesse thun: nur dann kann die cessio legis vor sich gehen. Irgend welches Interesse genügt aber nicht, sondern es bedarf einer besondernen Qualifikation. Der Zahlende muss in re berechtigt oder Besitzer sein[3]) und Gefahr laufen, seines Rechtes oder Besitzes verlustig zu gehen, wenn er nicht die betreffende Schuld bezahlt. Noch eingeschränkter ist der Personenkreis im Falle des § 1249, wo nur ein Lösungrecht der Realberechtigten anerkannt ist.[4])

2. Objektive Voraussetzungen.

Betreibt der persönliche Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand, verlangt der dingliche Gläubiger (auch aussergerichtlich) Befriedigung aus dem verhafteten Grundstück oder endlich: ist die Forderung fällig, deretwegen das Faustpfand besteht, so sind die unter No. 1 genannten Personen berechtigt, durch Befriedigung des Gläubigers die Zwangsvollstreckung bezw. den Pfandverkauf zu inhibieren mit der Wirkung, dass die Forderung des Gläubigers nunmehr kraft Gesetzes auf sie übergeht: natürlich nur dann, wenn ihr Recht u. s. w. durch Vornahme der Zwangsvollstreckung u. s. w. untergehen würde.

3. Wirkung.

Der Übergang der Forderung begründet für den Zahlenden einen Regress gegen den Schuldner. Nimmt

3) Weiter geht Oertmann zu § 268.
4) Vgl. Biermann, Sachenrecht zu § 1249 S. 283.

ein dinglich Berechtigter die Befriedigung vor, so stärkt er dadurch sein eigenes dingliches Recht, wenn der befriedigte Gläubiger ein Pfandrecht an dem betreffenden Gegenstande hatte, denn dieses geht ja mit der Forderung auf ihn über. Das ist von Bedeutung für die Fälle, wo zwischen dem befriedigten Gläubiger und dem zahlenden Dritten andere dinglich Berechtigte stehen. [5])

---

5) Schollmeyer zu § 268 Note 4.

Ende.